Pedro Henrique Santana Pereira

NOVA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADA

(Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011)

- Novo rol das medidas cautelares
- Excepcionalidade da prisão preventiva
- Prisão domiciliar
- Novas regras para concessão de fiança

editora
Virtual Books

NOVA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADA

(Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011)

Pedro Henrique Santana Pereira

Pedro Henrique Santana Pereira

Licenciado e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de São João del-Rei (UFSJ). Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN). Pós graduado em Direito Público (UGV) e em Educação Ambiental (UFSJ). Professor e advogado militante. Membro da Academia Sanjoanense de Letras e da comissão de Comunicação e Informática da OAB de São João del-Rei. Autor de inúmeros artigos em revistas e portais jurídicos.

Contato para sugestões, críticas, palestras:
pedrohspereira@yahoo.com.br

Capa: autor

Revisão: Pedro Gean de Santana

1ª edição

1ª impressão

(2011)

Pereira, Pedro Henrique Santana

NOVA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADA (Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011). Pedro Henrique Santana Pereira. Pará de Minas, MG: Editora VirtualBooks, 2011. 117p. 14x20 cm.

ISBN 978-85-7953-395-2

1. Direito. 2. Nova Reforma do Código de Processo Penal. 3. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. 4. Comentários aos artigos modificados. Título. Brasil.

CDD- 340

Livro editado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Benedito Valadares, 560 - centro –
35660-000- Pará de Minas - MG - Brasil
Tel.: (37) 32316653 - e-mail: vbooks01@terra.com.br
http://www.virtualbooks.com.br
http://www.virtualbookstore.com.br

À Andressa C. Dias, pelo presente que significa em minha existência.

AGRADECIMENTOS

Incorreria em injustiça enumerando pessoas que contribuíram de alguma forma para a consecução deste trabalho, pois é reflexo de todo um esforço empreendido desde os ensinamentos prefaciais. Contudo, fica imenso agradecimento a todos que participaram das reflexões surgidas no decurso dos estudos, trouxeram inspiração, auxiliaram na problematização de algumas questões, e se propuseram a ajudar na revisão e adequação da obra.

Eu não seria nada sem o tudo da existência dos que me rodeiam...

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

Décadas se passaram desde a promulgação e início de vigência do Código de Processo Penal, que ocorreu em 1941. Tal Lei tem passado por contínuas reformas para adequação de seu conteúdo aos ditames da ordem constitucional vigente. Dentre as mudanças mais recentes, destacam-se as relativas ao rito do Tribunal do Júri (Lei 11.689 de 9 de junho de 2008), à ritualística das provas (Lei 11.690 de 9 de junho de 2008) e procedimentos (Lei 11.719 de 20 de junho de 2008).

Contudo, as reformas apontadas (dentre outras) não foram suficientes para suprimir a lacuna deixada pelo tempo, e o surgimento gradativo de novas mudanças parece vir sendo o meio menos gravoso de adaptar a sistemática processual à lógica da Constituição em vigor.

Existem grandes discussões em torno da promulgação de novo Código de Processo Penal. Todavia, em razão do trabalho da doutrina e dos Tribunais que vêm reinterpretando constantemente os artigos do CPP, adequando-os às normas Constitucionais e realidade fática, a medida renovatória aparenta-se custosa. Talvez seja por essa razão que o legislador tenha preferido implementar as reformas de forma gradual, para que aos poucos os operadores e estudiosos do Direito se adéqüem às mudanças, sem que haja uma ruptura total com a interpretação já sedimentada.

A reforma imposta pela Lei 12.403/2011, vigente a partir de 04 de julho após uma *vacatio legis* de 60 dias, buscou ampliar as opções do julgador oferecendo-lhe a possibilidade de adoção de medidas restritivas em substituição à segregatória, evitando com isso a prisão de pessoas sob investigação.

De fato, em muitos crimes de pena inferior a 4 anos, dificilmente uma pessoa acusada e sem antecedentes cumprirá a reprimenda encarcerado, pois se as circunstâncias judiciais lhe

são favoráveis, ele pode se beneficiar da suspensão do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), e o art. 44 do Código Penal permite a substituição da pena Corporal por Restritiva de Direitos em várias situações.

Se não bastasse, a isso tudo se junta o fato de estar em vigor o princípio da presunção de inocência insculpido no art. 5º LVII da CRFB, que levou o STF, em decisão recente, a reconhecer a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena nos autos do HC 84.078/MG, o que contribuiu para acelerar a aprovação da Lei 12.403/2011, que vinha se arrastando desde 2001 (PL 4208).

Com a vigência da Lei sob comento, criou-se uma lacuna doutrinária e jurisprudencial, em razão de veicular matéria nova acerca da qual pendem comentários e problematizações que somente ocorrerão com o tempo.

Por isso que, objetivando contribuir para a compreensão das mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, o trabalho pretende tecer comentários aos artigos modificados, levantando problemas que somente serão equacionados gradativamente.

O autor.

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

- CONSIDERAÇÕES INICIAIS: Em sua essência, a Lei 12.403/2011 tem como objetivo diminuir a excessiva ocorrência de prisões cautelares, que enchem os presídios com pessoas sem antecedentes, e os Tribunais de milhares de *habeas corpus* contestando a legalidade desse tipo de segregação. Muitas dessas prisões carecem de imprescindibilidade, e diante de um Poder Judiciário abarrotado de demandas, injustiças são praticadas em decorrência da demora na análise de pedidos de liberdade[1]. O princípio da presunção de inocência, um dos mais importantes na seara penal, é violado toda vez que alguém é preso antes de trânsito em julgado de sentença condenatória, ainda que diante

---

[1] Luiz Flávio Gomes, na introdução à sua obra sobre o tema, arremata que: "Em dezembro de 2010, o Brasil atingiu o número recorde de mais de 500 mil presos.(cf. nossa pesquisa em www.ipclfg.com.br). Desse total, 44% são de presos provisórios. Mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. Muitas poderiam estar em liberdade, mas continuam sob a custódia do Estado antes mesmo de encerrada a a ação penal e de formado o juízo da culpa. Isso por força da atual sistemática da prisão: antiquada, que prioriza a privação da liberdade como única forma de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a lisura da instrução criminal, assim como assegurar o cumprimento da pena imposta. [...] Há um excesso por parte de alguns magistrados do País. Banalizou-se a medida cautelar privativa de liberdade de tal forma que muitas pessoas cumprem suas penas provisoriamente antes mesmo de serem condenadas. A prisão processual, tornou-se, na prática, prisão penal. A odiosa antecipação da pena faz parte da realidade prisional brasileira." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 15).

de elementos de grande convicção. O acervo probatório disponível no decurso de um processo, muitas vezes prova a insignificância, atipicidade da conduta, ou se mostra insuficiente para juízo condenatório. Com isso, o maior prejuízo é do acusado, que renuncia de sua vida, trabalho e compromissos, em prol de abstrata presunção em favor da sociedade. A criação de medidas de natureza restritiva como substitutivo da segregatória, quebra o sistema bipolar até então existente (liberdade ou prisão), e os parâmetros de justiça ganham maior robustez, ao contar com medidas que não se resumem na liberdade provisória ou encarceramento.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

TÍTULO IX
DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- MEDIDAS CAUTELARES: O termo cautela significa, conforme Aurélio (2004), cuidado para evitar um mal, precaução. "Medidas cautelares são em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória." (BONFIM. Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 19). Visam resguardar a efetividade da persecução, para que não reste infrutífera. São requeridas ao juiz competente, ou por ele adotadas de ofício, para garantir a

eficácia processual. Buscam evitar que o transgressor cometa novos delitos, fuja da aplicação da lei ou a atrapalhe, impondo-lhe restrições e obrigações, sob pena de adoção de medidas mais severas, ou até a prisão preventiva em último caso.

- REQUISITOS OU PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES: Assim como no processo civil, as medidas cautelares penais necessitam da presença dos requisitos *periculum in mora* (perigo da demora, denominada no processo penal de *periculum in libertatis*) *e fumus boni juris* (fumaça do bom direito, denominado no processo penal *fumus comissi delicti*). O perigo da demora, segundo Paulo Rangel: "[...] traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua." (Direito Processual Penal, 2008, p. 661). Ainda nas palavras de Edilson Bonfim: "O *periculum in libertatis*, advindo do *periculum in mora* presente nas medida cautelares de natureza extrapenal, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 28). Já a fumaça do bom direito, versa sobre a probabilidade de que aquela persecução, ao fim, leve à condenação do acusado, em pena proporcional à medida adotada. Para Bonfim: "A expressão *fumus comissi delicti* equivale, no âmbito penal, ao *fumus boni iuris* ('fumaça do bom direito') exigido nas medidas cautelares de natureza cível. Todavia, no ramo processual penal, o genérico *fumus boni iuris* consiste, especificamente no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, se tratarmos de medida decretável no curso da investigação criminal, bem como da provável condenação ao final da instrução criminal se da ação penal tratarmos. Em resumo, devem ser constatados os indícios de autoria (aferíveis caso a caso, conforme o prudente arbítrio do magistrado) e a razoável suspeita da ocorrência do crime. Ou seja,

cobra-se a existência do crime e do elemento subjetivo dele (dolo ou culpa)." (*Idem*, p. 26).

- CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES: Em obra sobre o tema, Edilson Mougenot Bonfim enumera quatro características presentes nas medidas cautelares: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. A provisoriedade existe, pois: "[...] a medida não pode ser definitiva, mas vinculada tão somente ao período e à necessidade de sua imposição." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 20). A revogabilidade diz respeito ao caráter revogável das medidas, que podem cessar sempre que não forem mais necessárias ao caso. A substitutividade está descrita no art. 282 §5º, ao dizer que as medidas cautelares podem ser substituídas ou modificadas quando o juiz verificar falta de motivos para que subsistam, ou razões que justifiquem a mudança. A excepcionalidade evidencia que: "[...] qualquer medida restritiva das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, durante o inquérito ou a ação penal, deve ser considerada excepcional [...]." (*Idem*, p. 23).
- O TERMO "OBSERVANDO-SE A": Tal expressão esclarece que na adoção da cautela, é necessária a presença dos requisitos dos incisos I e II do art. 282 do Código de Processo Penal, sob penal de ilegalidade da medida, que poderá ser combatida por meio de petição dirigida ao juiz da causa, demonstrando a desnecessidade ou inadequação da cautela (art.282 §5º), e em casos de abuso ou negativa de revogação da medida, por meio de *habeas corpus*[2].

---

[2] Conforme prevê a Carta Magna no art. 5º,LXVIII o *habeas corpus* é o *writ* cabível quando há coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. No caso das medidas cautelares, há evidente coação na liberdade de locomoção, pois através delas o acautelado é impedido, por exemplo, de freqüentar determinados locais, ausentar-se da comarca, fica monitorado eletronicamente ou impedido de sair à noite. Luiz Flávio Gomes entende que: "O descumprimento de qualquer medida cautelar substitutiva pode

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

- NECESSIDADE PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL: Nesse caso, conforme explica Gulherme de Souza Nucci, necessidade para aplicação da Lei penal: "[...] significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o Exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal." (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 632). As medidas cautelares, nestes casos, poderão ser aplicadas para que o investigado não se oculte ou fuja, frustrando qualquer possibilidade de punição. É possível, a exemplo, adotar as medidas que impõem o comparecimento periódico em juízo, a proibição de se ausentar da comarca, ou o monitoramento eletrônico.
- NECESSIDADE PARA INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO CRIMINAL: Aqui, de acordo com Távora: "[...] tutela-se a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas, ou comprometa, de alguma maneira a busca da verdade". (Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 481). A cautela apenas será aplicada quando existirem indícios de que o acusado está atrapalhando a persecução criminal por meio de ocultação de provas, ameaça a testemunhas, etc. Neste caso

---

redundar em decretação da prisão preventiva (art. 282 §4º e art. 312, parágrafo único do CPP). Por tal razão, é certo que podem tais medidas ser contestadas em sede de habeas corpus, uma vez que elas acarretam perigo à liberdade de locomoção do indiciado/ acusado (art. 5º LXVIII da CF)." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 179). Note-se que nos Tribunais, há inúmeros HC's em que são discutidas questões relacionadas às penas restritivas de direitos, sua aplicabilidade, legalidade, o que demonstra que é compatível a impetração de *habeas corpus* desde que demonstrada a coação. Nesse sentido: STF: HC 84.859/RS; HC 86.498/PR; HC 88.741/PR. STJ: HC 103.021/DF; HC 103.020/DF; HC 187.289/SP.

poder ser adotada medida que impede acesso ou freqüência a determinados lugares.

- EVITAR PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS: Visa impedir que o suspeito volte a praticar outros crimes, causando maiores transtornos à sociedade. É preciso lembrar que a presunção de retorno à delinqüência não pode ser abstrata, mas necessita estar alicerçada em elementos concretos, sob pena de ilegalidade da medida. Por cautela, o juiz pode aplicar o monitoramento, a proibição de freqüentar a determinados locais, manter certos contatos, ou recolhimento domiciliar.
- IMPRESCINDIBILIDADE DE INDÍCIOS CONCRETOS: Para a adoção de qualquer das medidas cautelares, é imprescindível a demonstração da concreta presença de algum dos requisitos do inciso I do art. 282 do CPP. O STF, em análise a prisões preventivas, tem se pronunciado reiteradamente no sentido de que o juízo abstrato, sem indicação de elementos fáticos, não pode embasar decreto segregatório, [3] posicionamento que também deve ser adotado na aplicação de outras medidas cautelares.

---

[3] Nesse sentido: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE BASE FÁTICA. GRAVIDADE DO CRIME. INIDONEIDADE. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. OFENSA AO ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.1. Prisão cautelar para garantia de eficácia da aplicação da lei penal fundada em simples afirmação de sua necessidade, sem indicação de elementos fáticos que a ampare. Inidoneidade.2. A invocação da gravidade abstrata do crime não justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Precedentes." (STF-HC 96618 SP, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Jugamento: 01/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00307). Em igual sentido no STF: HC 83.943, HC 98862 MC, HC 96.715-MC; HC 106.591/SP MC; HC 87.041/PA; HC 93.477/RJ; HC 100.959/TO; HC 95.464/SP.

▪ E A GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA?: O legislador não inseriu como um dos motivos que podem levar à decretação de medidas cautelares, a necessidade de garantia da ordem econômica. Apesar da falha legislativa, conforme entendimento de Gomes (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 173), a medida do art. 319, VI, do CPP presta-se a tal finalidade. Por isso a garantia da ordem econômica poderá ser invocada, desde que também presente alguma das demais hipóteses do art. 282, I, do CPP, uma vez que com base no princípio da legalidade, seria ilegal a exclusiva invocação de pressuposto não previsto em Lei.

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

▪ ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À GRAVIDADE DO CRIME E CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO: A medida adotada pelo juiz, deve guardar proporcionalidade[4] com a gravidade do crime e as

---

[4] Edilson Bonfim considera em sua obra, que o legislador andou mal quando deixou de fazer referência ao princípio da proporcionalidade no art. 282, II, do CPP, dizendo apenas do critério adequação: "Houve, portanto, uma defasagem entre o discurso explícito - as palavras da lei - e o que se pretendia dizer, como expressão profunda e verdadeiramente buscada pelo legislador. A palavra (adequação) diz uma coisa, mas significa outra, ou contém em si duplo significado. Deve-se, neste sentido, ao buscar-se identificar o pensamento ou a intenção do legislador com os casos que visou proteger ou prever, procurar-se compreender a situação ou modelo que condicionou a regra, que o inspirou, e esta é historicizada pelo advento do princípio da proporcionalidade. [...] O princípio da proporcionalidade, cuja matriz doutrinária e jurisprudencial inspirou a redação do art. 282, I e II, obriga, pois, a uma relação de causalidade entre um meio e um fim dirigida ao aplicador da lei, sem que se possa buscar; portanto, uma aplicabilidade irrestrita ou sem método. É mais uma relação de adequação ou inadequação entre a restrição ou agravamento produzido em um direito afetado quando é comparado com o fim justificador da medida restritiva

circunstâncias em que foi cometido. Em regra, a gravidade é aferida pelas reprimendas adotadas no Código Penal, pois quanto mais grave o crime, maior a pena. As circunstâncias, podem ser avaliadas pelas particularidades do caso, e maneira como o delito foi executado. De nada adiantará, no caso de um homicídio bárbaro, que o magistrado determine a obrigação de simples comparecimento mensal para justificativas. Usando das prerrogativas conferidas pela inovação legal, o juiz poderá, para fins de adequação das cautelas ao crime cometido, fazer aplicação cumulativa de medidas cautelares (art. 282, §1º), proporcionando assim restrições compatíveis.

▪ CONDIÇÕES PESSOAIS DO INDICIADO OU ACUSADO: As condições pessoais do indiciado ou acusado dizem respeito, dentre outros indicadores, aos antecedentes criminais[5], grau de

---

[...]" (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 32, 34). O STF tem considerado a grande relevância do princípio da proporcionalidade em inúmeras de suas decisões, quando a exemplo, considerou desproporcionais: a vedação à progressão de regime em crimes hediondos (HC HC 82959/ SP); a inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória ao tráfico de drogas (HC 100554 MG e HC 96715-MC/SP); e a inconstitucionalidade da vedação à liberdade no crime de porte de armas (ADI 3.112).

[5] Lembre-se que conforme prevê o art. 5º, LVII da CRFB, "[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Conforme assinalado em artigo anterior, isso significa que antes do surgimento de sentença crime de cunho definitivo, uma pessoa não pode ser tida como responsável por algum delito, presume-se que seja inocente. Portanto, é temerário que ações em andamento, inquéritos policiais sejam considerados com fins de se saber acerca dos antecedentes criminais. *in*: PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010. Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/14920*>. Acesso em: 6 jun. 2011.

escolaridade e renda familiar, e servem para que o juiz decida pela cautelar mais adequada ao caso.

§1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

- APLICAÇÃO DAS MEDIDAS: O parágrafo primeiro do art. 282 do CPP é claro no sentido de que a critério do juiz, pode ser aplicada mais de uma das medidas elencadas no art. 319, desde que devidamente comprovada a necessidade, e presentes os requisitos exigidos nos incisos I e II.

§2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

- DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: As medidas cautelares podem ser decretadas de ofício pelo juiz, ou a requerimento das partes, Ministério Público ou autoridade policial. O requerimento deve ser devidamente fundamentado em indícios concretos, jamais em meras abstrações ou presunções[6]. É perfeitamente cabível que o pedido seja feito pelo assistente de acusação, que deve ser considerado como parte no processo, se habilitado, assim como pelo procurador do querelante, nas ações privadas. Fica complicado pensar em hipóteses de decretação de cautelares de ofício, uma vez que o julgador deve visar sempre a imparcialidade. Contudo, imagine-se uma audiência de instrução, na qual o juiz perceba após oitiva do denunciado, que pode vir empreender fuga. De ofício, desde que presentes os requisitos autorizadores, é possível que venha a aplicar alguma das medidas. Destarte, mais do que em qualquer outro caso, será necessário que o magistrado resguarde

---

[6] Sobre o tema, ver comentário ao art. 282, I, "imprescindibilidade de indícios concretos".

ponderação imensa, pois não mais vigora o estado de exceção, no qual mantinha poderes irrestritos.

- MEDIDAS CAUTELARES NA FASE INQUISITÓRIA: A Lei não veda expressamente a decretação de medidas cautelares pelo magistrado durante a investigação criminal. Luiz Flávio Gomes diz que: "[...] na fase pré-processual qualquer iniciativa de provas do juiz constitui tarefa de juizado de instrução, que não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 71. Cf. p. 64 e ss.). Por isso, o autor entende totalmente incabível a ação do juiz de ofício no procedimento inquisitório. Diante da omissão na nova lei, que não deixou expressa a vedação ao juiz, uma interpretação sistêmica permite compreender que em casos de justificada urgência e necessidade, presentes os requisitos previstos em Lei, ainda que na fase inquisitória é possível a decretação de medidas cautelares de ofício. Suponha-se exemplo de preso em flagrante por lesão gravíssima em inimigo. Lavrado o APF, o delegado envia ao juiz para que decida sobre a liberdade do indiciado, sem representar pedindo a adoção de alguma cautela para que haja distanciamento. Se o magistrado perceber pelos depoimentos da vítima que ela tem medo de represálias, e que o indiciado voltará a ameaçá-la, poderá justificadamente adotar alguma medida de ofício para resguardar a integridade da vítima, pois não seria proporcional aguardar manifestação do Ministério Público ou da autoridade policial.

§3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

- CASOS DE URGÊNCIA OU PERIGO DE INEFICÁCIA: O legislador quis resguardar nessas hipóteses, a própria possibilidade de aplicação da medida cautelar, que restará ineficaz se chegar a

conhecimento do acusado. Conforme Edilson Bonfim: "[...] em determinadas situações, a ciência por parte do acusado acerca da medida imposta poderá frustrar e prejudicar sua eficácia tornando-a inviável. Não há que falar, é bom dizer, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que este será exercido oportunamente, tendo sido diferido em razão da natureza e eficácia na imposição da medida." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 40).

- INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA: A intimação da parte contrária (acusado/ indiciado)[7] mediante cópia do requerimento e peças necessárias, visa garantir o conhecimento das medidas que serão tomadas, bem como o direito a atuação caso entenda necessário. Trata de adequação da sistemática processual penal à luz da norma emanada do art. 5º LV da CRFB, que garante aos litigantes em geral, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Não há previsão da forma pela qual o acusado poderá se manifestar. Correto é o magistério de Luiz Flávio Gomes, ao dizer que: "O texto não foi claro quanto à forma da resposta do acusado ou indiciado (oral ou escrita). Sendo assim, nada impede que o juiz adote uma ou outra. Pode conferir um determinando prazo para resposta (escrita) ou marcar uma audiência para ouvir o acusado. O que compete ao juiz é garantir o contraditório e a ampla defesa. O ouvir a parte contrária (leia-se: o imputado)

[7] A redação do art. 282, §3º é falha, e dá a entender que a parte contrária poderia ser a vítima. De qualquer forma, diante da reforma empreendida pela Lei 11.690/08, que passou a ter maior preocupação com a vítima, para fins de atuação, também deverá ser intimada da adoção de medidas cautelares em face do indiciado, pois é interessada no correto cumprimento, e pode, através de seu procurador, manifestar pela adoção de novas medidas, reclamar do descumprimento, etc. É o que já ocorre nas previsões da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), quando diz que a vítima deve ser notificada de todos os atos do processo (art.21).

significa abrir, para o juiz, a possibilidade de maior acerto na medida a ser decretada." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 72). As peças necessárias, em regra, são aquelas que compõem o requerimento, como documentos que demonstram a necessidade da medida, e despachos do juiz recebendo o pedido e determinando a intimação.

§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

- DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS: A inovação legal prevê que no caso de descumprimento de alguma das cautelas aplicadas, o juiz de ofício, ou mediante requerimento do *parquet*, assistente ou querelante, possa substituir a medida, impor outra cumulativamente, ou em último caso decretar a prisão preventiva. A autoridade policial também poderá, em caso de descumprimento da obrigação no curso do inquérito, fazer requerimento ao juiz para que modifique as condições. A substituição ou cumulação das medidas apenas poderá ocorrer motivadamente, e quando mais gravosa, somente após oitiva do imputado, para que lhe sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.
- DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: A última parte do §4º se mostra bastante clara ao dispor que por ser *extrema ratio da ultima ratio*, a prisão apenas será decretada em último caso, quando aplicadas outras medidas cautelares, nenhuma surtiu efeito desejado. Pelo simples descumprimento de alguma medida cautelar, o juiz não poderá decretar a prisão[8]. Será necessário que

[8] É preciso esclarecer que há casos em que a prisão preventiva torna-se imprescindível diante do descumprimento da medida imposta. Desde

primeiro, busque substituir a medida ou a cumule com outras. Apenas após esse procedimento é que, demonstrada a imprescindibilidade da segregação, será aplicada desde que estejam presentes os requisitos constantes nos arts. 312 e 313 do CPP

§5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

- PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ: O poder geral de cautela, conforme assentado pela doutrina cível, trata da discricionariedade ponderada conferida ao julgador, para que aja no decurso do processo cautelar, tomando as medidas adequadas para defesa dos interesses das partes (art. 798 e ss. do CPC)[9]. A redação do art. 282 §5º, confere ao juiz certo poder para reanálise, modificação, extinção das medidas, desde que faça fundamentadamente. Muito se discutia acerca desse poder geral de cautela, e de certas medidas tomadas no decorrer do processo crime, sem existência de previsão legal[10]. Com a Lei 12.403/2011,

---

que o julgador demonstre fundamentadamente a necessidade, poderá ao invés de cumular ou substituir cautelares, aplicar a segregação.

[9] Cabe aqui descrever o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior em seu Curso de Direito Processual Civil, quando versa sobre o Poder Geral de Cautela do magistrado, e a questão da discricionariedade: "Deixando ao critério do juiz a determinação das medidas práticas cabíveis no âmbito do poder geral de cautela, a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário de amplíssimas dimensões. [...] Mas impõe-se reconhecer, desde logo, que a discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, mas apenas possibilidade de escolha ou opção dentro dos limites traçados pela lei." (2009, p. 502. Vol. II).

[10] O STJ, através de decisões como no HC 135.183/RJ, RHC 8749/MG, e HC 128.599/PR, vinha entendendo que as cautelas judiciais, em caso de necessidade, apenas poderiam existir se não fossem de natureza restritiva, pois do contrário, estariam contrariando os princípios da

a polêmica da adoção de medidas cautelares não previstas em lei perdeu a razão de ser, pois o julgador poderá adotar as cautelas do art. 319, e agir dentro dos limites estabelecidos. Luiz Flávio Gomes, ao tratar do assunto em sua obra, diz que: "Não existe no processo penal o famoso 'poder de cautela geral do juiz' (CPC, art. 798). Todas as medidas cautelares são típicas (possuem forma determinada). Não temos (não podemos ter) medidas cautelares atípicas no processo penal. Não se pode confundir o processo penal com o processo civil. O nível de intervenção do poder público nos direitos fundamentais do indivíduo, no âmbito do processo penal é muito mais contundente que no processo civil." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 46). Apesar da divergência apresentada pelo autor, deve-se entender que o poder geral de cautela está previsto na redação do art. 282, §5º ainda que mais restritivamente, pois permite a atuação do juiz dentro dos limites estabelecidos pelo CPP, lhe conferindo atribuições para que revogue, substitua ou decrete medidas cautelares fundamentadamente.

- REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR: As medidas cautelares podem ser revogadas quando não houver motivos que demonstrem a necessidade de sua manutenção. Com base em tal dispositivo, é possível que o juiz de ofício, ou a requerimento das partes (delegado, representante do Ministério Público, querelante), determine a cessação da medida. O pedido também pode ser feito pelo acusado por meio de seu procurador, em petição dirigida ao juiz da causa. Deverá ser demonstrada a desnecessidade da cautela, sob fundamento de ausência dos requisitos que a autorizam.

---

legalidade e presunção de inocência. Já o STF, em julgados como HC 77.784, HC 74.281HC 83.263HC 77.784, entendia que medidas, como afastamento de cargo, dentre outras, ainda que não constantes no CPP, poderiam ser adotadas, em uso do poder geral de cautela pelo magistrado.

- SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR: O §5º também é claro no sentido de que o juiz pode substituir a cautela de ofício. A substituição por medida mais gravosa, apenas poderá ocorrer diante da presença de prova específica demonstrando descumprimento ou inadequação da cautela a ser substituída, e após oitiva do acusado.
- NOVA DECRETAÇÃO DA CAUTELA: Assim como no caso da substituição por medida mais gravosa, na nova decretação de cautela, o juiz deverá após oitiva do acusado, comprovar a necessidade de retomada da medida. O decreto deve se embasar no conjunto fático, e, sob pena de ilegalidade, na presença dos requisitos elencados no art. 282, I, do CPP.
- RECURSOS CABÍVEIS: Havendo decretação de nova medida cautelar, ausentes fundamentos concretos, é possível atacar a decisão via *habeas corpus*[11]. Da decisão que denega pedido de aplicação de medida cautelar, ou a revoga, por analogia ao art. 581, V, do CPP, é cabível recurso em sentido estrito.

§6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

- SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA: Seguindo entendimento do STF, que vem considerando reiteradamente ilegais as prisões cautelares, uma vez que acabam por ferir o

[11] É o entendimento também mantido por Gomes: "O descumprimento de qualquer medida cautelar substitutiva pode redundar em decretação da prisão preventiva (art. 282 §4º e art. 312, parágrafo único do CPP). Por tal razão, é certo que podem tais medidas ser contestadas em sede de *habeas corpus*, uma vez que elas acarretam perigo à liberdade de locomoção do indiciado/ acusado (art. 5º LXVIII da CF)." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 179).

princípio da presunção de inocência[12], o legislador, no §6º do art. 282, quis deixar bem claro o caráter de excepcionalidade extrema da prisão preventiva. Para sua decretação, o magistrado deverá fundamentar e comprovar a impossibilidade de aplicação de qualquer outra cautela, além de ser exigida a presença dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, sob pena de constrangimento ilegal. A prisão preventiva, de acordo com Luiz Flávio Gomes, passou a ser a *extrema ratio da ultima ratio*: "Só pode ser adotada em casos de extrema necessidade e quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas [...]" (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 25).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

- ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE: Trata de garantia constitucional prevista no art. 5º, LXI, que objetiva dar conhecimento ao indiciado, acerca da autoridade que foi responsável por sua segregação, ao mesmo tempo que informa as bases sobre as quais se fundaram a medida. Conforme lembra trecho de importante julgado da relatoria do Min. Vicente Cernicchiaro: "[...] Fundamentar é ajustar o fato à norma, evidenciando a

---

[12]Nesse sentido é o conhecido HC 84.078/MG de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau. Na oportunidade o STF considerou manifestamente inconstitucional a execução antecipada da pena, deixando bem clara, a natureza de total excepcionalidade da cautela prisional. Tal decisão tem sido seguida por aquela corte, no julgamento de inúmeros recursos posteriores: HC 96029, HC 100572, HC 105463, HC 96244, HC 98166, HC 97143, dentre outros.

adequação fática ao normativo. Ademais, exigência do devido processo legal. A parte tem o direito de conhecer as razões do raciocínio do Juiz." (STJ- REsp 161309 PB 1997/0093728-3, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Data de Julgamento: 29/10/1998, 6ªT. Data de Publicação: DJ 07/12/1998 p. 114). A autoridade competente apenas pode ser a judiciária, e a ordem escrita, deve preencher as formalidades previstas no art. 285 do CPP[13]. Note-se que a nova redação do art. 283 é mais abrangente, pois insere exigência constante na Carta Magna (art. 5º LXI), obrigando que a ordem seja devidamente fundamentada.

- MODALIDADES DE PRISÃO: A Lei manteve as modalidades de prisão cautelar em vigor após as últimas reformas[14]: flagrante

---

[13]"Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;

b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;

c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;

d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;

e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução."

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

[14] Luiz Flávio Gomes lembra em sua obra Prisão e medidas cautelares que: "[...] durante muito tempo era a doutrina corrente a de que contávamos com cinco hipóteses de prisão cautelar (ou processual ou provisória): (a) prisão temporária (Lei 7.960/89); (b) prisão em flagrante (CPP, art. 302); (c) prisão preventiva (CPP art. 312); (d) prisão decorrente de pronúncia (CPP, antigo art. 408, §1º) e (e) prisão decorrente de sentença recorrível (CPP, arts. 393, I, e antigo art. 594). A estas (cinco situações) agregávamos a prisão resultante de acórdão recorrido, porque o recurso especial ou extraordinário (legalmente enfocado) não

delito, temporária e preventiva, exigindo que o flagrante seja imediatamente convertido em prisão preventiva, relaxado, ou concedida a liberdade provisória junto a outras medidas cautelares se o juiz entender necessário.

- PRISÃO EM FLAGRANTE: Flagrante vem do latim *flagrare*, que significa algo ardente, em chamas. É a prisão feita no momento em que está ocorrendo o delito, ou em seguida a ele. O art. 302 do CPP, prevê 3 hipóteses de flagrante: próprio, em que o agente é pego enquanto comete o delito, ou logo que termina; impróprio, enquanto perdura sua perseguição[15]; ou presumido,

---

conta com efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, §2º). Após o advento das Lei 11.689/2008 e 11.719/2008 e da atualização do direito levada a cabo pela jurisprudência do STF passamos a contar com três situações de prisão cautelar: (a) temporária; (b) preventiva e (c) flagrante." (2011, p. 24-25).

[15] Não há em específico prazo para o flagrante impróprio. Doutrinadores como Tourinho Filho (Manual de Processo Penal, 2009, p. 628), Damásio (Código de Processo Penal Anotado, 2009, p. 243) e Paulo Rangel (Direito Processual Penal. 2008, p. 669), entendem através de exegese da expressão "logo após", que o flagrante não pode ocorrer mais do que 3 ou 4 horas depois do crime, vez que "Embora o legislador com essas expressões não fixe os limites de tempo entre a prática do crime e a prisão, o certo é que não pode transcorrer tanto tempo de modo a superar o que normalmente se há de entender por logo após ou logo depois [...] (TOURINHO FILHO, Manual de Processo Penal, 2009, p. 628). Já doutrinadores como Julio Fabbrini Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado, 2004, p. 741) , e Nestor Távora (Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 462-463), entendem que se não há a interrupção da perseguição, o flagrante poderá ser configurado: "[...] se a perseguição não for interrompida, mesmo que dure dias ou até mesmo semanas, em havendo êxito na captura do perseguido, estaremos diante do flagrante delito". (TÁVORA, Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 463). Na análise da questão, é preciso dar guarida ao posicionamento apresentado por Rangel, Damásio e Tourinho Filho. A expressão "logo após" não denota lapso temporal

quando é encontrado com objetos do crime, que induzem à presunção de que seja o autor. A doutrina apresenta outras modalidades de flagrante: o esperado, em que a autoridade policial após tomar conhecimento por meio de investigações, aguarda o momento da prática do crime para efetuar a prisão; preparado, quando o agente é levado a cometer o crime, e no momento que pratica é preso (não há crime, conforme súmula 145 do STF); postergado, quando a autoridade policial posterga a prisão objetivando prender mais envolvidos; forjado, quando a autoridade policial ou seus agentes forjam um crime visando a prisão de pessoa inocente (aqui o agente não pratica delito, mas apenas aquele que o forjou); flagrante por apresentação, quando após o delito, o acusado se apresenta a uma autoridade policial (inexiste flagrante, pois não se encaixa nas hipóteses do art. 302 do CPP).

- PROVISORIEDADE DO FLAGRANTE: A prisão em flagrante não poderá em hipótese alguma ser mantida. Pela interpretação da redação dada ao art. 310 do CPP, terá que ser relaxada se ilegal; convertida em cautela preventiva se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e não forem cabíveis outras medidas cautelares e/ou liberdade provisória. É o entendimento também adotado por Edilson Bonfim e Luiz Flávio Gomes, que em suas obras acerca da nova Lei, evidenciam a pré-cautelaridade do flagrante[16].

---

duradouro, de forma que uma prisão de acusado ainda que existente busca por incessantes horas, não pode ser considerada em flagrante, se ultrapassadas mais de 4 horas do crime.

[16] Conforme Bonfim: "Por derradeiro, insta salientar que, antes do advento da Lei 12.403/2011, a 'prisão em flagrante' (arts. 301 a 310 do CPP) também poderia ser incluída facilmente como modalidade de prisão cautelar ou prisão provisória. Não obstante, conforme se infere do art. 310 do CPP, essa modalidade perdeu seu caráter autônomo, passando a vigorar como verdadeira medida 'pré-cautelar' ou

- PRISÃO PREVENTIVA: De acordo com Norberto Avena: "A prisão preventiva constitui modalidade de segregação provisória, decretada judicialmente, desde que presentes os pressupostos que a autorizam." (Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 799.) Com a nova reforma, além de imprescindível a presença dos requisitos que a autorizam, elencados no art. 312 do CPP, o juiz terá que demonstrar, por força do art. 282 §6º, a impossibilidade de aplicação de outras medidas cautelares, sob pena de manifesta ilegalidade da prisão.
- PRISÃO TEMPORÁRIA: Prevista na Lei 7.960/89. É conceituada por Nestor Távora nos seguintes termos: "A temporária é a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação. (Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 487). O prazo é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5, em caso de extrema e comprovada necessidade. Só pode ser decretada nos crimes previstos no art. 1º, III da Lei 7.960[17].

'subcautelar'." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 58). Em igual sentido Gomes evidencia que: "A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz para que tome as providências cabíveis [...] a prisão em flagrante somente subsiste como prisão cautelar enquanto o magistrado não se manifesta sobre ela. A partir da manifestação judicial o título de prisão em flagrante desaparece e se houver necessidade do autuado permanecer preso deverá o juiz convertê-la em prisão preventiva, fundamentadamente." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 90, 132-133).

[17] São os crimes: homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, estupro, rapto violento, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro.

▪ SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA: Diante da possibilidade de adoção de inúmeras medidas cautelares não segregatórias a prisão temporária também deverá ter natureza subsidiária? Pela lógica sistêmica, deve-se concluir pela assertividade da resposta. Se há a necessidade de buscar a aplicação de outras cautelas antes da prisão preventiva, o mesmo procedimento deve ocorrer em relação às prisões temporárias. Destarte, somente diante de comprovada impossibilidade de adoção das cautelares do art. 319 do CPP, e presentes os requisitos do art. 1º da Lei 7.960/89, é que as prisões temporárias poderão ser invocadas durante o inquérito. Falando da desnecessidade da prisão temporária, Gomes anota que: "[...] a desnecessidade se torna ainda mais patente agora, com a criação das medidas cautelares alternativas, que podem muito bem suprir a pretensa necessidade da temporária." (Prisão e medidas cautelares. 2011, p. 119).

▪ PRISÃO EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO: Trata da única hipótese de prisão-pena ou satisfativa, pois as demais modalidades são revestidas de nítido caráter cautelar. Pode ser conceituada como o "[...] sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada." (TOURINHO FILHO, Manual de Processo Penal, 2009, p. 605). Cabe lembrar que havendo recursos aos Tribunais Superiores, por força do entendimento de que não ocorre trânsito em julgado antes da análise da questão de direito (STF HC 84.078/MG), a pena não pode ser considerada com transito em julgado.

§1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

▪ APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES: O §1º do art. 283 do CPP, é claro no sentido de que só podem ser aplicadas

medidas cautelares a delitos que tenham pena privativa de liberdade. A pena privativa de liberdade pode ser de reclusão, ou detenção, e está prevista no preceito secundário de cada crime. Se não houver para determinado delito pena de detenção ou prisão, ainda que alternativamente, não poderão ser adotadas quaisquer cautelares. Daí decorre vedação nas infrações com penas exclusivamente de multa ou prisão simples, pois no magistério de Gomes: "Se a infração não é punida com prisão, torna-se excessiva (abusiva) qualquer tipo de medida cautelar durante o andamento do processo. Se a sanção final é totalmente branda (pena de multa), faltaria inteira homogeneidade entre a medida cautelar e a pena esperada. Daí a proibição absoluta contemplada neste §1º." (Penas e medidas cautelares, 2011, p. 94).

§2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

- HORÁRIOS DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO: A Lei deslocou a antiga redação do *caput* do art. 283 do CPP para seu §2º. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e hora, desde que respeitada a inviolabilidade de domicílio prevista no art. 5º, XI da Constituição Federal. No domicílio a polícia apenas pode entrar em caso de flagrante delito, por meio de ordem judicial durante o dia[18], ou com consentimento expresso do morador[19].

---

[18] Há enorme divergência sobre o conceito de "durante o dia". Quanto ao assunto, anota Alexandre de Moraes em seu Direito Constitucional, que: "Para José Afonso da Silva, dia é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00, ou seja, 'sol alto, isto é, das seis às dezoito','esclarecendo Alcino Pinto Falcão que durante o dia a tutela constitucional é menos ampla, visto que a lei ordinária pode ampliar os casos de entrada na casa durante aquele período, que se contrapõe ao período da noite. Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico,

Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

▪ DEPRECAÇÃO DA PRISÃO: Conforme lembra Guilherme de Souza Nucci, por se tratar de questão envolvendo competência, a prisão em outra comarca, deve ser efetuada pelo juiz que nela atua. Falando sobre o conteúdo da precatória, o autor explicita que: "[...] deve ser completo, isto é, expedida no original, constará o inteiro teor do mandado de prisão, com todos os seus requisitos [...] (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 590). Os requisitos da carta precatória são aqueles elencados nos arts. 295 e 354 do CPP.

§1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

---

como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo. É o mesmo entendimento de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que noite 'é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte'. Entendemos que a aplicação conjunta de ambos os critérios alcança a finalidade constitucional de maior proteção ao domicílio durante a noite, resguardando-se a possibilidade de invasão domiciliar com autorização judicial, mesmo após as 18:00 horas, desde que, ainda, não seja noite (por exemplo: horário de verão)." (2003, p. 82).

[19] Guilherme de Souza Nucci, dizendo sobre o assunto em seu Código de Processo Penal Comentado, invoca Instrução Normativa da Polícia Federal, na qual fica claro que policiais apenas adentrarão no domicílio fora das hipóteses legais, com expresso consentimento por escrito (Instrução normativa 1/92 de 13 de novembro de 1992). (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 386.)

▪ REQUISIÇÃO POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO: A fim de adequar o texto do CPP à evolução digital que vem ocorrendo, a nova redação do §1º do art. 289 não especificou os meios de comunicação pelos quais, em caso de urgência, poderá ser requisitada a prisão pelo juiz. Esse fato talvez se deva ao receio de que em pouco tempo, os meios disponíveis se tornem obsoletos como o telegrama, presente na antiga redação[20].A comunicação pode ser feita por meio compatível com a requisição: *fax* , *e-mail* contendo em anexo as cópias necessárias, ou até mesmo mensageiros virtuais como o MSN, que em tempo real fazem o envio de arquivos entre correspondentes. A razão de ser do art. 289, §1º está no fato de que: "[...] não teria sentido o Estado assistir a fuga de uma pessoa que deveria estar presa, por força dos trâmites burocráticos dos Ofícios Judiciais." (GOMES. Prisão e Medidas Cautelares, 2011, p. 99).

▪ DADOS NECESSÁRIOS: O juízo requisitante deverá enviar comunicação na qual constem os motivos da prisão, fundamentos, e valor da fiança a ser arbitrada, se cabível.

§2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

▪ PRECAUÇÕES NECESSÁRIAS: Para se evitar arbitrariedades ou procedimentos ilegais e impertinentes, o §2º do art. 283 do CPP dispõe acerca da necessidade de precauções para averiguação da autenticidade do comunicado. É pertinente que seja mantido contato telefônico com o juízo requerente, para que se ateste a veracidade das informações. Também recomenda-se consulta no sistema processual disponível, para certificar da existência de

[20] Em igual sentido manifesta Gomes, ao dizer que: "A gama de veículos de comunicação é tão extensão (*sic*) e evolui tão rapidamente, que somente uma cláusula aberta como essa poderá manter-se atualizada na próxima década." (Prisão e Medidas Cautelares, 2011, p. 99).

processo em curso em face do acusado, e outras informações que forem reputadas importantes.

§3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.

- REMOÇÃO DO PRESO: Bonfim diz que: "[...] se necessária a prisão do acusado, mais do que nunca a autoridade judicial terá interesse na sua remoção, evitando-se, assim, casos comuns de pessoas que, processadas em determinando Estado do Brasil, venham ser presas em outra localidade longíngua e lá permaneçam até o término do processo, sem que participem efetivamente dos atos processuais." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 117). Não havia qualquer previsão relacionada ao prazo para remoção de preso acautelado em outra comarca. A Lei prevê agora o prazo de 30 dias improrrogáveis, a contar da data de efetivação da medida, para que se providencie a remoção. Edilson Bonfim considera que o prazo de 30 dias, é para que o magistrado providencie a remoção, mas não para que a efetive (*Idem*). Contudo, Luiz Flávio Gomes diz em sua obra que a remoção deve ser efetivada em 30 dias, sob pena de constrangimento ilegal e revogação da cautela, pois o acusado tem o direito de acompanhar toda a instrução (Prisão e Medidas Cautelares, 2011, p. 103). Apesar da situação calamitosa do sistema carcerário pátrio, necessário ponderar que o prazo de 30 dias para a efetiva remoção não deve comportar excessos injustificáveis. Na impossibilidade de transferência devido a superlotação, o acautelado deverá ser levado para presídio de comarca mais próxima à do juízo processante, facilitando assim a realização das diligências necessárias, e contato familiar[21].

---

[21] O STF em seus HC's tem assentado a importância do contato familiar com o detento, deferindo ordens para transferência de presos para prisões mais próximas da residência. Nesse sentido: STF HC 105.175; HC

Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.

▪ REQUISIÇÃO DA CAPTURA: Consultar notas ao art. 289 §1º e 2º, aplicáveis ao caso.

Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

▪ SEPARAÇÃO DE PRESOS PROVISÓRIOS E DEFINITIVOS: A inovação legal retirou do texto do art. 300, o termo "sempre que possível". Legalmente não pode haver mais junção de presos provisórios e definitivos numa mesma cela. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) regulamenta a matéria veiculada no art. 84, dispondo que "O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado." Na realidade, diante do excesso de presos e estrutura precária dos presídios, a medida de separação dos acautelados provisórios e definitivos continuará prevista apenas na Lei, apesar de tratar de corolário do princípio da individualização da pena, a teor do que considera Luiz Flávio Gomes em sua sobre a nova reforma[22].

▪ INTENÇÃO DA LEI: A intenção da Lei, desde a Lei de Execução Penal, que é de 1984, foi evitar a convivência entre presos

---

100087. Portanto, a medida de transferência em prazo não superior a 30 dias acaba sendo salutar à convivência com os parentes, que são importantes no processo de recuperação.

[22] Para o autor: "[...] manter o preso provisório separado dos presos definitivos, significa individualizá-lo em sua condição de presumivelmente inocente. Além do que, a própria Lei de Execução Penal dispõe que a individualização da pena também se aplica ao preso provisório." (Prisão e Medidas Cautelares, 2011, p. 121).

provisórios e definitivos, em razão da grande diferença entre a situação de um e de outro: o primeiro está preso cautelarmente, podendo ser solto a qualquer momento; o segundo encontra-se segregado em definitivo, inexistindo remédio jurídico que impeça o cumprimento de sua pena[23].

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.

- PRISÃO EM FLAGRANTE DO MILITAR: Devido à previsão em Lei Especial que regulamenta a matéria (art. 242 do CPPM), os militares, após o devido procedimento, devem ser encaminhados para o quartel ou instituição pertencente, onde deverão ser mantidos para que sejam tomadas as providências cabíveis. A letra do art. 295 do CPP, que fala acerca do recolhimento de militares em quartéis, não fazia menção à "instituição a que pertencer", tratando de inovação benéfica.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

---

[23] Comentando o art. 84 da LEP, Nucci anota que: "Não se pode conceber que condenados definitivos compartilhem espaços conjuntos com presos provisórios. Estes estão detidos por medida de cautela, sem apuração de culpa formada, podendo deixar o cárcere a qualquer momento, inclusive em decorrência de absolvição. Se forem mantidos juntamente com sentenciados, mormente os perigosos, tentem a absorver os defeitos e lições errôneas, passíveis de lhes transformar a vida quando deixarem o cárcere. Além disso, estão sujeitos a violências de toda ordem, tornando a prisão cautelar uma medida extremamente amarga e, até mesmo cruel. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2009, p. 510.)

- COMUNICAÇÃO AO JUIZ COMPETENTE: É medida que visa evitar a ocorrência de arbitrariedades e obriga a rápida análise da situação em que se encontra o preso, para que o magistrado tenha conhecimento dos fatos e cautelas que o caso requer. A comunicação, por ser a prisão medida extrema, deve ocorrer dentro das 24 horas que seguem ao momento do flagrante, sob pena de ilegalidade e relaxamento[24], se não houverem motivos razoáveis para a demora.

---

[24] Quanto ao assunto, a maioria dos autores como Norberto Avena (Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 794), Fernando Capez (Curso de Processo Penal, 2010, p. 316), Tourinho Filho (Manual de Processo Penal, 2009, p. 632), Luiz Flávio Gomes (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 128), e Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado. 2009, p. 615-616), defendem a necessidade de que a comunicação ao juiz e demais medidas ocorra em 24 horas. Para Nucci: "[...] tratando-se de prisão, ato constritivo de cerceamento da liberdade, não se deve admitir concessões, razão pela qual a remessa da cópia do auto de prisão em flagrante ao magistrado competente e, quando for o caso, à Defensoria Pública deve ocorrer, impreterivelmente, em 24 horas, contadas a partir do momento da prisão- e não do término da lavratura do auto de prisão em flagrante. Muito cômodo seria ao Estado pode prender alguém num determinado dia, lavrar o auto, por exemplo, dois dias depois, contando a partir daí, as 24 horas para remeter a cópia ao juiz. [...] cuidando-se de prisão, os prazos fixados em lei precisam ser fielmente respeitados sob pena de se configurar constrangimento ilegal, com a conseqüente soltura do preso."(Código de Processo Penal Comentado. 209, p. 615-616). Contudo, o entendimento dos Tribunais Superiores em interpretação mais alargada da letra do CPP, deixa claro que a demora na comunicação do flagrante, desde que em lapso temporal razoável, não acarreta nulidade ou relaxamento da prisão. Nesse sentido julgados do STJ: HC 85.071/MG, Quinta Turma , Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho , DJe de 19/05/2008; HC 72.391/RS, Quinta Turma , Relator Min. Félix Fischer, DJU de 10/09/2007; HC 15412/SP, Sexta Turma , Rel. Min. Vicente Leal , DJU de 04/02/2002; RHC 4274/RJ, Sexta Turma , Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro , DJU de 20/03/1995.

▪ COMUNICAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO: Trata de inovação da Lei, pois tanto na Constituição (art. 5º, LXII), quanto na redação anterior, a comunicação não era prevista. Por se tratar de uma instituição que defende interesses sociais, o Ministério Público deve tomar nota dos fatos para que, no exercício de suas atribuições, adote as medidas pertinentes em cada caso.
▪ COMUNICAÇAO À FAMÍLIA OU PESSOA INDICADA: A comunicação da prisão aos familiares ou a pessoa indicada pelo preso, constitui postulado constitucional (art. 5º, LXII) cuja finalidade é cientificar da prisão os indicados, para que tomem as medidas que julgarem pertinentes.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
▪ PRAZO PARA ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AO JUIZ: O comando legal relativo ao prazo para encaminhamentos dos autos da prisão em flagrante ao juiz não deixa dúvida acerca da impossibilidade de ser estendido por mais de 24 horas após a prisão. Todavia, existe grande divergência entre o entendimento doutrinário e dos Tribunais. O primeiro sustenta ser ilegal a dilação do prazo por se tratar de cerceamento da liberdade; já o segundo considera que a demora desde que razoável e justificável, não constitui ilegalidade (ver nota de rodapé do

---

Divergências a parte, ainda que haja grande volume de trabalho nas delegacias e Tribunais, não é correto, muito menos razoável que se possibilite injustificadamente a dilação do prazo de 24 horas contadas da prisão. Um, porque a letra do art. 306 é clara ao usar o termo "imediatamente", o que jamais pode ser compatível com prazo superior a 24 horas; dois, porque se trata de coação da liberdade; três, porque a imediata comunicação trata de direito previsto na Carta Constitucional (art. 5º LXII, da CRFB).

comentário ao artigo anterior). É inaceitável a dilação injustificada do prazo, pois a liberdade, direito fundamental, não pode sofrer restrições devido à morosidade na atuação dos órgãos judiciais.

- ENVIO DE CÓPIA À DEFENSORIA PÚBLICA: Trata de medida consonante com a nova ordem Constitucional, e se presta a facilitar o exercício do direito a ampla defesa aos que não têm condições de constituir um advogado por meios próprios. A cópia deve ser entregue no mesmo prazo de envio do auto de prisão ao juiz (24 horas), para que o defensor tome conhecimento dos fatos narrados e adote as medidas cabíveis a espécie. O prazo legal de 24 horas também deve ser respeitado, em homenagem ao princípio da ampla defesa, mas os Tribunais vêm entendendo pela possibilidade de dilação por tempo razoável,[25]compreensão que não deve ser aceita sem coerente justificativa, pois é violadora do

---

[25] Nesse sentido, julgado do STJ: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. COMUNICAÇAO TARDIA. MERA IRREGULARIDADE. PREJUÍZO NAO DEMONSTRADO. I - Na linha de precedentes desta Corte, não há que se falar em vício formal na lavratura do auto de prisão em flagrante se sua comunicação, mesmo tendo ocorrida a destempo da regra prevista no art. 306, 1º, do Código de Processo Penal, foi feita em lapso temporal que está dentro dos limites da razoabilidade (precedentes). II - Trata-se de recorrente preso em flagrante regular, posto que levava consigo cerca de três quilos de cocaína, quando preparava-se para embarcar para Fortaleza, de onde, posteriormente embarcaria para Portugal. Preso em 29.08.2008, sua prisão foi notificada à defensoria pública em 02.09.2008. Desse modo, em razão da regularidade da prisão em flagrante, entendo que o atraso na comunicação do órgão de defesa constitui-se em mera irregularidade que não tem o condão de ensejar o relaxamento de sua segregação. Ademais, não logrou a defesa a demonstração de prejuízo concreto para o recorrente que pudesse macular o auto de prisão em flagrante [...]” (STJ- RHC 25.633 - SP. Relator Min. Félix Fischer. 5ª Turma. Publicado em: DJe 14/09/2009).

direito à liberdade. Nas comarcas que não contam com Defensores Públicos, deverá ser nomeado, de imediato, advogado dativo.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

- ENTREGA DA NOTA DE CULPA: É requisito indispensável para a validade do flagrante, pois permite ao preso o conhecimento dos motivos de sua prisão, e responsáveis por ela. É corolário do art. 5º, LXIV da Constituição Federal, que dispõe: "[...] o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial". A entrega deve ser feita no prazo das demais diligências, a teor do que considera Guilherme de Souza Nucci em seu Código de Processo Penal Comentado: "[...] os prazos fixados em lei precisam ser fielmente respeitados, sob pena de se configurar constrangimento ilegal, com a conseqüente soltura do preso. Por isso, a nota de culpa precisa estar em mãos do indiciado em até 24 horas depois da efetivação de sua detenção." (2009, p. 616). Conforme Edilson Bonfim: "[...] a ausência da entrega de nota de culpa no prazo legal acarreta ilegalidade da prisão, passível de relaxamente mediante *habeas corpus*. (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 74). No caso de negativa à assinatura, utiliza-se o disposto no art. 304, §3º, com o colhimento da assinatura de duas testemunhas que tenham presenciado a leitura.

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

- A EXPRESSÃO "FUNDAMENTADAMENTE": A nova redação dada ao *caput* do art. 310, evidencia a necessidade de que a decisão que recebe o auto de prisão em flagrante se ancore em robustos fundamentos, sob pena de restar maculada de evidente ilegalidade. Tal comando encontra-se em consonância com a

Constituição Federal, mais precisamente o art. 93, IX, cuja redação é no sentido de que todas decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. De acordo com o professor J.J. Gomes Canotilho: “A exigência da «motivação de sentenças» exclui o carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante as instâncias competentes os eventuais vícios e desvios das decisões dos juizes.” (Direito Constitucional. 1993. P. 759). Além de importante para conhecimento das argumentos invocados pelo juiz, conforme lembra o Ministro Celso de Mello em um de seus julgados, a fundamentação das decisões é indispensável para se evitar ou corrigir excessos: "É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais." (STF- HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/03/91). Não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação. Na ausência de fundamentação, não existem argumentos que sustentem a decisão proferida seja através da provas dos autos ou de alguma previsão da Lei. Já na fundamentação sucinta, por mais breve que seja, o julgador adentra na questão fática apresentada, demonstrando através da lei e da prova dos autos, sua motivação.[26]

[26] Trata do entendimento esposado pelo STF nos seus julgados:"Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente

▪ PROVISORIEDADE DO FLAGRANTE: Com as modificações implementadas pela Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante, que antes era considerada por alguns autores como modalidade de segregação autônoma[27], se tornou mera cautela preliminar. Após sua ocorrência, de imediato deverão ser tomadas as medidas cabíveis para concessão da liberdade, adoção de medidas cautelares ou prisão preventiva. Edilson Bonfim diz que: "[...] essa modalidade perdeu seu caráter autônomo, passando a figurar como verdadeira medida 'pré-cautelar'ou 'subcautelar'." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 58). [28]

---

fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada." (STF- RE 285.052-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/06/02). "Fundamentação do acórdão recorrido. Existência. Não há falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF, quando o acórdão impugnado tenha dado razões suficientes, embora contrárias à tese da recorrente." (STF- AI 426.981-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05/11/04.)

[27] Nessa linha, Norberto Avena dizia em sua obra que: "Cremos, enfim, que ao receber e homologar o auto de prisão em flagrante, obrigatoriamente deverá o magistrado criminal, após vista ao Ministério Público, manifestar-se sobre a possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória com lastro no art. 310, *caput*, e parágrafo único, do CPP. Entendendo inocorrentes tais situações, caber-lhe-á, fundamentadamente, indeferir a liberação do flagrado, não sendo necessária, porém, a decretação formal de sua prisão preventiva." (Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 799).

[28] Ainda sobre o tema, o autor diz que: "Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em preventiva. Isso porque a prisão em flagrante visa, justamente, impedir a continuidade delitiva e, dessa forma, pôr fim ao estado de flagrância do sujeito, nas hipóteses do art. 302 do CPP. Assim, a prisão se faz necessária única e exclusivamente para obstar e cessar a prática criminosa, não sendo bastante, sob esta condição, para a manutenção do réu em custódia

I - relaxar a prisão ilegal; ou

- RELAXAMENTO DE PRISÃO ILEGAL: O magistrado, se verificar que a prisão é manifestamente ilegal, ou seja, carece dos requisitos exigidos para a prisão em flagrante, deve de imediato relaxá-la. Exemplos de ilegalidade seriam a elaboração do auto de flagrante de usuário de drogas que se recusa a assinar termo de comparecimento em juízo, ou de alguém que se apresenta espontaneamente à autoridade policial após dias da prática de um crime.

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

- CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA: O Inciso II do art. 310 do CPP, apenas reitera os termos do art. 282 §6º, a saber: a prisão cautelar tem natureza subsidiária, devendo ser aplicada apenas em casos extremos, quando inadequada ou impossível a aplicação de outras medidas, e quando presentes também os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.
- INADEQUAÇÃO OU INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES: Quando as medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP forem inadequadas ou insuficientes, o juiz poderá, justificadamente determinar a cautela. A medida se mostrará inadequada quando diante da repercussão causada pelo delito, e da evidente presença dos requisitos do art. 312 do CPP, não for possível ou recomendada a aplicação de outras cautelares. No caso da insuficiência, as medidas do art. 319 do CPP não serão idôneas para garantir a aplicação da Lei penal, instrução criminal, ou evitar prática de outros delitos. A inadequação permite de imediato a conversão da prisão em flagrante na preventiva, mas

---

cautelar durante todo o processo." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 76). Ver também: Gomes, 2011, p. 90, 132-133).

no caso da insuficiência, deve-se tentar outras medidas cautelares antes de se decidir pela prisão.

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

▪ CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA: A liberdade provisória trata-se de instituto pelo qual o indiciado é livrado solto, mediante pagamento de fiança quando a Lei permite. O juiz apenas concederá a liberdade, quando não cabível a concessão pela autoridade policial, nos crimes que possuem pena superior a 4 anos, ou inafiançáveis (art. 322 do CPP).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

▪ EXCLUDENTES DE ILICITUDE: A ilicitude ou antijuridicidade, conforme Guilherme de Souza Nucci, "[...] é a contrariedade de uma conduta com o Direito, causando lesão a um bem jurídico protegido". (Código Penal Comentado: 2009, p. 233). As excludentes, como o próprio nome indica, excluem ou afastam a ilegalidade da conduta, tornando-a lícita. Por isso, conforme lembra Celso Delmanto, o Código Penal dispõe que "não há crime" quando presente uma excludente de ilicitude. (Código Penal Comentado, 2002, p. 44). A Lei Penal enumera no art. 23, três causas excludentes de ilicitude: estado de necessidade, quando alguém pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (art. 24 do CP); legítima defesa, quando alguém, usando moderadamente dos meios necessários, repele

injusta agressão atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25 do CP); estrito cumprimento do dever legal, e exercício regular de direito, que não são definidos pelo Código Penal. O estrito cumprimento do dever legal, caracteriza-se por uma conduta que em outras circunstâncias seria ilícita, mas não é por ser praticada por alguém que tem o dever de realizá-la. Em sua definição, Cézar Roberto Bitencourt anota que:"[...] há situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face das quais, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a bem juridicamente tutelado. Assim, não são crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante etc." (Código Penal Comentado, 2004, p. 88). O exercício regular de direito, segundo Nucci, "[...] é o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um direito, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito. O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser também no direito penal." (Código Penal Comentado, 2009, p. 248). São exemplos de exercício regular de direito, a correção dos filhos pelos pais, as ofensas à integridade corporal causadas em virtude de prática de esportes, dentre outros.

- LIBERDADE PROVISÓRIA NO CASO DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE: A redação traz adaptação da antiga letra do art. 310, que com a reforma imposta em 1984 pela Lei 7.209, deslocou as excludentes de ilicitude do art. 19 para o art. 23 do Código Penal. Se o juiz perceber a evidente presença de alguma das excludentes do art. 23 (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal), poderá conceder a liberdade provisória de maneira fundamentada. A convicção do juiz no que diz respeito à presença das excludentes deve ser manifesta, sem necessidade de dilação probatória. No caso de não ser evidente, mas entender cabível liberdade

provisória, o juiz deverá fundamentá-la com base no inciso III do art. 310. Ao tecer comentários sobre a liberdade provisória nas excludentes de ilicitude, Paulo Rangel elucida que: "A razão de ser deste dispositivo legal é que, se o autor do fato agiu de acordo com o direito, não há motivos para que o mesmo permaneça preso. A comprovação da exclusão da ilicitude somente poderá se dar no curso do processo, através do contraditório e do devido processo legal, porém, desde já, o réu deve permanecer solto. Não haveria sentido deixá-lo preso para, ao final do processo, absolvê-lo e soltá-lo, por força do art. 596 do CPP." (Direito Processual Penal, 2008, p. 728).

- OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A inovação legal suprimiu parte da redação do antigo art. 310, que exigia a oitiva do Ministério Público para concessão da liberdade provisória. Como se trata de matéria relativa à liberdade do acusado e houve supressão da exigência, o procedimento de oitiva de Representante do Ministério Público antes de se decidir, não poderá ser mantido em nenhuma das hipóteses do art. 310. Portanto, na análise de qualquer pedido de liberdade provisória, ou em sua concessão de ofício, o julgador não mais terá que ouvir o *parquet*, cabendo-lhe apenas intimá-lo para que após a sentença, tome conhecimento da decisão e de seus fundamentos. A desnecessidade da medida se justifica na nova redação do art. 306 do CPP, que prevê a imediata comunicação ao Ministério Público tão logo ocorra o flagrante, garantindo a ciência e oportunizando a efetivação dos requerimentos que entender pertinentes.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

- DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO: Antes da reforma, era possível que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no decurso da investigação, algo que a nova redação do art.311 do CPP parece não permitir. Ao que tudo indica, o magistrado apenas poderá decretar a cautela se for requerida pela autoridade policial, querelante, ou Ministério Público. Porém, uma análise sistêmica da nova reforma conduz a conclusão de que o magistrado não ficará impedido de decretar de ofício a cautela preventiva na fase inquisitorial. Essa conclusão deflui da leitura do art. 282, §2º, do CPP, na qual resta claro que o juiz poderá adotar medidas cautelares de ofício, dentre as quais se enquadra a prisão preventiva. O procedimento será cabível desde que presentes elementos robustos de convicção acerca da autoria e materialidade, impossível a adoção de outras medidas, e presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Saliente-se que por força da imparcialidade necessária ao julgador, apenas em casos mais extremos poderá agir de ofício. Em sentido contrário à posição adotada, Eugênio Bonfim diz que: "[...] a prisão só poderá ser decretada de ofício pelo juiz no curso da ação penal. Nessa senda, não mais se vislumbra possível a decretação *ex oficio* em fase inquisitorial." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 82).
- REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUERELANTE, ASISTENTE OU AUTORIDADE POLICIAL: Não basta existência de simples pedido. O requerente necessariamente terá que demonstrar a presença de elementos concretos que justifiquem a adoção da cautela maior, sob pena de indeferimento. Assim, não bastará que o querelante faça petição dirigida ao julgador, alegando a presença dos requisitos do art. 312 do CPP como

motivo para adoção da medida. Ao revés, faz-se necessário não só fundamentar o requerimento, como demonstrar a imprescindibilidade da prisão, fundamentando-a e demonstrando a ineficácia de qualquer outra medida cautelar.

- RECURSOS CABÍVEIS: Havendo indeferimento ao pedido de prisão preventiva, o CPP diz ser cabível recurso em sentido estrito no art. 581, V. Decretada a prisão, é cabível pedido de revogação dirigido ao juiz da causa (art. 316 do CPP), e recurso de *habeas corpus*, conforme o caso.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

- PRISÃO PREVENTIVA: É prisão de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito ou da persecução penal, visando a garantia da ordem pública, econômica, por necessidade da instrução ou garantia de cumprimento da pena. São necessárias provas de autoria e materialidade, bem como fundamentação idônea, embasada em circunstâncias evidentes nos autos, pois conforme entendimento do STF, jamais pode ser permitida cautela amparada em fundamentos genéricos e abstratos[29].

---

[29] São inúmeros julgados do Pretório Excelso evidenciando a imprestabilidade de cautelas fundamentadas genericamente. A exemplo: "Habeas corpus.2. Sentença que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade. Insubsistência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Constrangimento ilegal caracterizado.4.

- GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: Tourinho Filho evidencia que: "Ordem pública é expressão de conceito indeterminado.

Ordem concedida." (STF- HC 99043 PE, Relator: Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. Data de Jugamento: 24/08/2010. Data de Publicação: DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010 EMENT VOL-02414-03 PP-00463). "HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal." (STF- HC 80719 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143). Em igual linha no STF: HC 91.414/BA; RHC 64420, HC 68530, HC 71954, HC 72368, HC 78425, RHC 79200, HC 79781, HC 79812, HC 79857; HC 98862 SP; RHC 71954 PA; HC 87041 PA; HC 93883 SP.

Normalmente entende-se por ordem pública a paz, a tranqüilidade no meio social." (Manual de Processo Penal, 2009, p. 639). Seguindo a compreensão perfilhada por Távora: "Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base nesse fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinqüindo no transcorrer da persecução criminal. [...] Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinqüindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É necessário que se comprove este risco. As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo não é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime, etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. A mera existência de antecedentes criminais, também não seria, por si só, um fator de segurança [...]" (Curso de Direito Processual Penal. 2009, p. 479). Clamor social, perversidade do crime, e espalhafatos da mídia não podem ser confundidos com garantia da ordem pública, pois: "O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312)- não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu [...]" (STF- HC 80.719/SP. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Publicação: DJ 28-09-2001 PP-00037 EMENT VOL-02045-01 PP-00143. *Apud* TOURINHO FILHO. 2009, p. 640-642).

GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA: O que o legislador buscou por meio da hipótese acrescida ao CPP pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), é evitar que envolvidos com crimes contra a ordem

econômica (Leis 8.137/90 e 8.176/91) continuem por exemplo, abusando de seu poder de dominação sobre o mercado, impedindo concorrência. Acerca da matéria, Guilherme de Souza Nucci leciona que: "Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco." (Código de Processo Penal Comentado. 2009, p. 630). Tourinho Filho tece pesadas e importantes críticas à previsão inserta no art. 312 do CPP pela Lei Antitruste. O processualista a considera esdrúxula, pelo fato de não se tratar da medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Para o autor, o correto seria adoção de sanções em face da empresa, como o fechamento por prazo determinado, e medidas semelhantes, já que para os agentes do delito contra a ordem econômica, muitas vezes "[...] meter-lhe a mão no bolso é o castigo maior." (Manual de Processo Penal, 2009, p. 642).

- CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: O termo correto seria necessidade, pois segundo Greco Filho, a simples conveniência não autoriza o decreto de prisão. (Processo Penal, 2010, p. 262). A Lei tutela nesse caso, a livre dilação probatória, motivo pelo qual a prisão poderá ser decretada quando o magistrado evidenciar que o acusado está impedindo ou ocultando provas, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, etc.
- GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL: A prisão também pode ser decretada, quando houver provas de que o indiciado está tentando fugir do distrito da culpa, ou se ocultando. Importante a seguinte observação de Paulo Rangel: "A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair a ação da justiça. O simples poder econômico do réu não pode autorizar o juiz a decretar sua prisão preventiva. Mister se faz que haja informações, nos autos, de que pretende fugir para impedir o império da lei." (Direito Processual Penal,

2008, p. 694). Esse entendimento encontra consonância com a jurisprudência do STF, que tem considerada absurda a presunção genérica de aplicação da Lei Penal[30]. O mero fato de um acusado não ser encontrado em casa para receber uma intimação, não pode constituir em motivo idôneo para invocação da garantia de aplicação da lei, pois é necessária a demonstração de que pretende eximir-se da responsabilidade penal.

- PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA: Diz respeito ao *fumus comissi delicti* (ver nota "requisitos ou pressupostos das cautelares" ao *caput* do art. 282). A prova de existência do crime não poderá deixar dúvidas, ou seja, a materialidade[31] terá que ser manifestamente comprovada. No

---

[30] São exemplos de arestos da Corte Magna: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE BASE FÁTICA. GRAVIDADE DO CRIME. INIDONEIDADE. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. OFENSA AO ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Prisão cautelar para garantia de eficácia da aplicação da lei penal fundada em simples afirmação de sua necessidade, sem indicação de elementos fáticos que a ampare. Inidoneidade.2. A invocação da gravidade abstrata do crime não justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Precedentes.3. A existência de inquérito e de ações penais em andamento não caracteriza a existência de maus antecedentes, pena de violação do princípio da presunção de inocência. Precedentes. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por *al* não estiver preso." (STF- HC 96618 SP , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 01/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00307). Ainda na linha do julgado precedente: STF- HC 90862/SP; HC 87343/ SP; HC 93352/ RJ.

[31] Cabe tomar nota do ensinamento passado por Norberto Avena em seu Processo Penal Esquematizado. Versando sobre a prova da existência do crime, diz que é: "[...] imprópria a expressão materialidade do crime utilizada por alguns doutrinadores, pois adequada esta apenas

caso da autoria, serão necessários indícios suficientes que conduzam a uma fundada presunção de que o acusado é o autor do crime. Tal presunção poderá estar alicerçada em prova testemunhal robusta, ou em elementos de convicção que conduzam à conclusão acerca da culpa do acusado.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

▪ DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DESCUMPRIMENTO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES: O descumprimento das cautelares do art. 319 do CPP pode ensejar a decretação da prisão preventiva, conforme restou assentado na nota ao art. 282, §4º. Reitere-se que o juiz não poderá, embasado simplesmente no descumprimento de alguma das medidas, decretar a cautela maior, pois a necessidade da prisão deverá restar devidamente fundamentada, bem como demonstrada a existência dos requisitos exigidos pelos arts. 312 e 313 do CPP. Bonfim lembra que: "[...] à luz do princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva deve ser a última das medidas aplicáveis, somente tendo lugar quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão [...]" (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 76)

às infrações das quais decorre um resultado perceptível pelos sentidos, podendo traduzir, com isso, a falsa idéia de que não será possível a decretação da preventiva nos crimes que não produzam vestígios. [...] Nesse caso, então, o que deverá ser demonstrado para fins de custódia cautelar é a efetiva existência do delito e não a sua materialidade" (2009. p.804). Razão assiste ao autor. Num crime de estupro, por exemplo, o ato libidinoso pode não ser comprovado por prova pericial, mas apenas por testemunhos que deram conta das graves ameaças ocorridas para que a vítima fosse compelida à prática.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

- HIPÓTESES LEGAIS DE ADMISSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: O art. 313 e seus incisos sofreram grande mudança redacional com objetivo de restringir mais objetivamente a aplicação da cautela maior. Muitos dos delitos com pena máxima inferior a 4 anos permitem em casos de primariedade e bons antecedentes, a substituição da pena de prisão pela restritiva de direitos, não se justificando a decretação de prisão preventiva, se cabíveis outras medidas acautelatórias. Há que se fazer igual consideração para aqueles crimes com pena mínima de até um ano, pois permitem a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Por isso, vale a pena transcrever notável observação de Paulo Rangel, quando antes da inovação legal, exigia homogeneidade entre a aplicação da prisão cautelar, e a pena possivelmente cabível: "Homogeneidade: A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido. Exemplo: admite-se prisão preventiva em um crime de furto simples? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, permite a suspensão condicional do processo. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que,

possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término." (Direito Processual Penal, 2008, p. 659-660)[32].

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

- CRIMES DOLOSOS E CULPOSOS: O dolo, considerado como elemento subjetivo do tipo, trata da vontade livre e consciente de realização de uma conduta criminosa. Segundo Régis Prado, é: "[...] a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso." (Curso de Direito Penal Brasileiro, 2002, p. 295. Vol. I). Prevê o Código Penal, no art. 18, I, que doloso, é o delito praticado quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Os crimes culposos, conceituados no art. 18, II, do Código Penal, são aqueles causados quando o agente, deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Conceituando o crime culposo, Julio Fabbrini Mirabete diz que: "[...] é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado." (Manual de Direito Penal. 2001, p. 145. Vol. I). "Enquanto o dolo gira em torno da vontade e finalidade do comportamento do sujeito, a culpa não cuida da finalidade da

---

[32] Sobre o assunto, Luiz Flávio Gomes anota que: "Quando se vislumbra que, no final, não será imposta a prisão, não se justifica a medida cautelar da prisão (CPP, art. 282 §2º). Que sentido tem prender uma pessoa no curso da instrução criminal se, no final, não será imposta a pena de prisão. Impõe-se assegurar a liberdade provisória do acusado quando logo se vislumbra que, no final, não haverá pena privativa de liberdade. Com base no princípio da homogeneidade das medidas cautelares não se admite permaneça o réu preso em razão do processo penal que poderá resultar, ao final, em uma pena que não vai conduzir o condenado para a cadeia. É desproporcional e nada homogêneo decretar a prisão preventiva quando já se sabe que será imposta uma pena alternativa." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 55).

conduta (que quase sempre é lícita), mas da não-observância do dever de cuidado pelo sujeito, causando o resultado e tornando punível o seu comportamento." (DELMANTO. Código Penal Comentado. 2002, p. 34).

- RAZÕES DO ART. 313, I DO CPP: O legislador discorda da prisão cautelar nos delitos culposos, pelo fato de serem crimes com penas bem inferiores, e causados sem vontade de prejudicar direito alheio. Nos crimes dolosos com penas máximas inferiores a 4 anos, conforme observado nos comentários feitos ao *caput* do art. 313, via de regra as reprimendas podem ser convertidas em restritivas de direitos, cabíveis ainda os institutos da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) e da pena (art. 77 do CPB), sendo por isso, temerária a adoção de qualquer cautela.
- CRIMES DOLOSOS COM PENA MÁXIMA SUPERIOR A 4 ANOS: São delitos que em regra resguardam maior periculosidade e grau de reprovação, motivo pelo qual existe a possibilidade de decretação da prisão preventiva, presentes os requisitos autorizadores.
- REITERADO DESCUMPRIMENTO DE CAUTELARES: Será possível a decretação de prisão preventiva em crime com pena máxima inferior a 4 anos, se descumpridas reiteradamente as cautelares impostas? *Data venia*, por ausência de previsão legal, e por se tratar de questão envolvendo a liberdade, em que pese o senso de descrédito na justiça, a análise de questão nitidamente penal, não pode ser maléfica ou prejudicial ao acusado, sob pena de manifesta ofensa à proibição de aplicação da analogia *in malam partem*[33], e ao princípio legalidade, pois inexiste prisão cautelar

---

[33] Vedação à analogia *in malam partem*, em seguimento ao que ensina Celso Delmanto, significa que "[...] ao juiz que vai aplicar leis penais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação com efeitos extensivos para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser

em crimes de pena de até quatro anos (salvo os casos dos incisos II e III do artigo sob consideração). Se num furto simples é aplicada medida diversa da prisão, mas descumprida após reiteradas cumulações, o juiz apenas poderá se lamentar pela inexistência de comando legal possibilitando-lhe a prisão cautelar. Apesar da previsão no art. 282 §4º, versar acerca da possibilidade de cautela segregatória em caso de descumprimento reiterado das medidas impostas, fica evidente que para decretar a prisão, faz-se necessário que o juiz enquadre o caso nas hipóteses legais de admissão referidas no art. 313 do CPP.

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

- CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO OU REINCIDÊNCIA: Em homenagem ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRFB), a Lei não permite que até trânsito em julgado de sentença penal condenatória, alguém seja considerado culpado, não admitindo que um crime pelo qual responda possa lhe trazer prejuízos na esfera criminal, pois: "A lógica da não-culpabilidade é muito clara e embasa-se na inexistência de certeza quanto à condenação, por mais que as provas pareçam conduzir a tal via."[34] A reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal, quando explicita que: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no

---

preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador para punir alguém." (Código Penal Comentado, 2002, p. 04).

[34] PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14920>. Acesso em: 21 maio 2011.

estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior." Para decretação da cautela com fundamento em tal inciso, o magistrado deverá demonstrar pela Folha de Antecedentes que houve condenação com trânsito em julgado, antes de cometer o novo crime. Processos em andamento, ainda que com recurso aos Tribunais Superiores, não servem à intenção do art. 313, II, do CPP conforme entendimento exarado pelo STF no HC 84.078/MG.

- INCISO 1 DO *CAPUT* DO ART. 64: Considera que: "[...] não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação." Portanto, se passados mais de 5 anos do cumprimento da pena por delito pretérito ao que estiver sendo processado, a condenação que motivou a pena cumprida não pode servir de base para a decretação da cautela, uma vez que em razão das condições temporais, não gera os efeitos da reincidência.
- CRIME CULPOSO: Se o acusado cometeu anteriormente crime culposo, ainda que presentes os elementos da reincidência, não será possível decretação da prisão preventiva, pois o inciso II do art. 313 exige condenação anterior dolosa.
- REINCIDÊNCIA E CRIMES COM PENAS DE ATÉ 4 ANOS: Se o delito em que é indiciado tem pena inferior a 4 anos, existente a reincidência, não há qualquer vedação para que seja decretada a prisão preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e incabíveis outras medidas cautelares.
- MAUS ANTECEDENTES: Não pode haver analogia no sentido de considerar como hipótese legal para decretação da prisão cautelar, os maus antecedentes[35], pois o rol elencado nos incisos do art. 313 é taxativo, e não permite extensão.

---

[35] Apenas podem ser considerados para fins de mais antecedentes, aquelas condenações criminais que não geram mais os efeitos da

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

- CRIMES DOMÉSTICOS EM FACE DE HIPOSSUFICIENTES: Como forma de garantir a execução das medidas protetivas em favor da mulher (art. 22 e ss. da Lei 11.340/09), bem como quaisquer outras adotadas com fins de proteção à criança e adolescente (Lei 8.069/90), idoso (Lei 10.741/03), enfermo ou deficiente, é que a inovação legal permite a decretação da prisão preventiva. Note-se que o delito sob averiguação, neste caso, deve estar relacionado com violência doméstica, e pode ter pena máxima inferior a 4 anos, pois trata de hipótese legal específica[36]. A razão de ser do

---

reincidência, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência do art. 5º LVII da CRFB. Nesse sentido tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores: STF -RHC 80071 RS; STF - HC 79966 SP; STF HC 68465/DF; STF - AO 1046 RR; STJ- HC 7.997/SP; STJ - REsp 259073/RS; STJ - RESP 278187/TO; STJ- REsp 297774/DF; STJ- HC 21238/SP. Também há súmula recente do STJ, a 444, considerando que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena‑base." Se processos em andamento, inquéritos não podem ser usados para agravar a pena-base numa condenação, jamais pode ser possível uso para fins de prisão cautelar numa causa em curso... Nesse sentido: PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14920>. Acesso em: 21 maio 2011.

[36] Sobre a abrangência do inciso III (antigo inciso IV do art. 313) no que diz respeito à mulher (também aplicável aos demais casos inseridos), Norberto Avena explica que a Lei: "[...] pode abranger qualquer espécie de crime doloso, independente da pena ou de aspectos subjetivos do criminoso, bastando que seja perpetrado mediante violência doméstica e familiar [...]" (Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 808).

inciso, é o alto grau de reprovação social de condutas criminosas que atingem pessoas em situação de fragilidade no âmbito familiar. Também será necessário, conforme assentado pelo art. 282 §4º, que se tente primeiro a adoção de outras medidas (no caso de aplicação da Lei 11.340/09, aquelas previstas a partir do art. 22), uma vez que a prisão preventiva possui natureza subsidiária.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

- PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DÚVIDA ACERCA DA IDENTIDADE CIVIL: A nova redação suprimiu a figura do vadio, aquele desocupado, ocioso, que se envolve em delitos, e ainda perturba a instrução criminal, por se tratar de expressão temerária[37]. A prisão pode se decretada até que sejam fornecidos elementos suficientemente precisos para se conhecer a

---

[37] Para Paulo Rangel: "[...] em um País como o Brasil, devemos considerar que essa norma do art. 59 da LCP não tem mais utilidade social, ou seja, não há mais legitimidade para o Estado em dizer quem é ou não vadio. Do contrário, a massa de desempregados poderia ser considerada vadia. O operador do direito deve analisar a norma à luz dos usos e costumes no tempo e no espaço, sem descuidar do interesse estatal em proteger determinadas condutas. Seria um contra senso querer-se aplicar, hodiernamente, um dispositivo legal "criado"para recolher escravos libertos e desempregados na época que andavam à solta e perambulando pelas ruas do País, face ao desemprego que assolava o Estado. Trata-se de dispositivo legal sem aplicação efetiva diante da análise do sistema constitucional." (Direito Processual Penal, 2008, p. 696). Em igual sentido: AVENA. Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 808; TÁVORA. Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 482.

identidade do acusado. A expressão elementos suficientes indica aqueles que possibilitam conhecer a pessoa, tais como os constantes na cédula de identidade civil, certidão de nascimento, carteira de habilitação, dentre outros. Há autores como Távora, que entendem incabível a medida acautelatória para identificação civil, pois "[...] a ausência de identificação civil idônea, e a insistência na omissão de elementos que possam esclarecê-la, autoriza, com amparo no art. 1º da Lei nº 10.054/2000, a sua identificação criminal, incluindo o processo datiloscópico e fotográfico, não sendo caso, a nosso sentir, de prisão." (Curso de Direito Processual Penal. 2009, p. 482). De fato, se possível a identificação por outras maneiras, a cautela apenas será cabível se justificada a impossibilidade de adoção dos processos datiloscópico e fotográfico, em razão da negativa do acusado.

- MANUTENÇÃO DA CAUTELA: Havendo devida identificação da pessoa, será necessária prova dos requisitos do art. 312, e de outras hipóteses de admissão do art. 313 do CPP, para que a prisão seja mantida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

- IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CAUTELAR EM CASO DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE: Sobre as excludentes de ilicitude, ver nota ao art. 310, parágrafo único. Trata de mais uma causa que impede a aplicação da prisão preventiva. Havendo fortes indícios de que o indiciado agiu sob manto de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não há que se falar na cautela maior, uma vez que ocorrerá absolvição.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

- MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES: Conforme apresentado em nota ao art. 310, *caput*, é obrigatória a motivação de qualquer decisão relacionada à prisão preventiva. É exigência que se compatibiliza com a Carta Magna que, no inciso IX do art. 93, exige que todas decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas sob pena de nulidade. O entendimento do STF é no sentido de que: "É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais. (HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/03/91). Não há que se confundir fundamentação sucinta, com ausência de fundamentação. Na ausência de fundamentação, não existem argumentos que sustentem a decisão proferida; já na fundamentação sucinta, por mais breve que seja, o julgador adentra na matéria levada aos autos demonstrando sua motivação.
- REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: Sem modificações, o art. 316 do CPP evidencia que: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista [...]" Portanto, se ausentes os requisitos do art. 312, ou das hipóteses legais do art. 313, o juiz poderá revogar a prisão de ofício, ou por provocação dos legitimados, assim como fundamentadamente fazer a substituição por alguma das medidas cautelares do art. 319.
- RECURSOS CABÍVEIS: Havendo decretação de prisão preventiva, se ausentes fundamentos, ou indeferida substituição por outras medidas cautelares, é cabível *habeas corpus*. Havendo substituição por medidas cautelares, revogação, ou denegação à

prisão preventiva, por analogia ao art. 581, V, do CPP, é cabível recurso em sentido estrito[38].

CAPÍTULO IV
DA PRISÃO DOMICILIAR

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

- CONCEITO DE PRISÃO DOMICILIAR: O *caput* da nova redação do art. 317 é bem claro no sentido de que domiciliar é aquela prisão que diante dos requisitos legais, permite o recolhimento residencial do acusado preso preventivamente, sendo facultado ausentar-se mediante autorização judicial. É medida cautelar que se presta a preencher lacuna existente nas prisões preventivas, pois muitas vezes a prisão domiciliar era necessária, mas em razão da ausência de amparo legal, impossível de ser adotada.
- EXTENSÃO AOS CASOS DE PRISÕES EM DEFINITIVO: Questão que deverá suscitar discussões diz respeito a aplicação da prisão domiciliar em decisões com trânsito em julgado. Apesar de não haver qualquer previsão expressa na legislação que regulamenta

---

[38] Gomes entende: "[...] com fundamento no art. 3º do CPP, que a decisão que substitui a preventiva por cautelares deve ser tratada, por meio de analogia, como denegação ou revogação de prisão provisória, cabendo também recurso em sentido estrito. É sabido que onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem ius*). A decisão que defere substituição gera consequências semelhantes à da denegação ou revogação da custódia, havendo entre os atos judiciais, pontos de semelhança que justificam, no silêncio da lei, o mesmo tratamento. Por fim, da decisão que, mesmo presentes os seus requisitos, indefere a substituição, cabe *habeas corpus*." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 159).

o assunto para os casos de apenados nos regimes fechado e semi-aberto (O art. 117 da Lei de Execução Penal permite somente no regime aberto), levando-se em conta a analogia, desde que presentes os requisitos elencados no art. 318 do CPP, e demonstrada a idoneidade da prova, como medida de caráter humanístico, a prisão domiciliar poderá ser deferida.

- E A APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA?: A redação anterior do art. 317 do CPP dispunha que: "A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza." Logo, passado o flagrante, se o indiciado se apresentasse não poderia mais ser preso, a não ser que estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva. Com a revogação do artigo referente à apresentação espontânea, não significa que ela deixou de existir, ou que na apresentação após alguns dias, o flagrante será lavrado. Ainda que tenha surgido entendimento nesse sentido[39], diante da jurisprudência e doutrina já consolidadas[40], a apresentação espontânea não passou a ser modalidade de flagrante. Contudo,

---

[39] Para Gomes: "Doravante, a apresentação espontânea do infrator não mais impede a prisão em flagrante (nem a preventiva), o que significa que a lei criou um incentivo para que o infrator em estado de flagrância empreenda fuga [...] A nós parece que a apresentação espontânea não elide a hipótese de situação de flagrante prevista no art. 302, II do CPP." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 160).

[40] Sobre a apresentação espontânea, versando acerca da inocorrência de flagrante: RANGEL. Direito Processual Penal. 2008, p. 684-685; TÁVORA. Curso de Direito Processual Penal, 2009, p. 467; AVENA. Processo Penal Esquematizado, 2009, p. 795-796. Nos Tribunais: STF- RHC 58.568-0 ES Rel. Min. Xavier de Albuquerque 1ª T. DJU 13.2.81, p. 752; STJ- RHC 61.442/MT. Relator Min. Francisco Rezek. 2ª Turma. DJ: 10/02/1984, p. 11016.

conforme previa a redação revogada[41], não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- CASOS DE ADMISSÃO: São taxativos, ou seja, inadmissíveis outras hipóteses que não as elencadas, pois: "[...] sendo a exceção, as hipóteses previstas no art. 318 do CPP não comportam ampliação, devendo ser interpretadas restritivamente." (BONFIM. Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 92)[42].

I - maior de 80 (oitenta) anos;

- MAIOR DE 80 ANOS: A Lei de Execução Penal no art. 117 prevê a prisão domiciliar em regime aberto para maiores de 70 anos. A nova regra inserta ao CPP deveria ao menos seguir a lógica dos 70 anos[43], com maior abrangência, diante da expectativa média de

---

[41] Art. 317. A apresentação espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza.

[42] Trata do entendimento dos Tribunais em interpretação aos casos do art. 117 da LEP, quando consideraram pela taxatividade do rol elencado: "[...] Cabe assinalar, finalmente, que a pretendida adoção do regime de prisão domiciliar - a ser deferido, como ora postulado, em sede cautelar - não se mostra acolhível na espécie em análise.É que essa modalidade de recolhimento prisional em âmbito domiciliar, consideradas as peculiaridades que a tipificam, reveste-se de caráter excepcional, pois as hipóteses constantes do art. 117 da LEP acham-se definidas em "numerus clausus", como tem reconhecido esta Suprema Corte [...] (STF-HC 87985 SP , Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/02/2006, Data de Publicação: DJ 03/03/2006 PP-00094). Em igual sentido: HC 95.334/RS; HC 87.935/SP; 73.045/RS. O entendimento também deve ser aplicado na interpretação do rol do art. 318 do CPP.

[43] Aqui fica uma crítica e observação ponderada com ilustre colega de trabalho, o Defensor Público Dr. Wilson Hallak. Há absurda falta de

---

lógica entre aquilo que prevê Lei Específica, que regulamenta direitos dos idosos (Estatuto do Idoso- Lei 10.741/03), e as previsões da Lei de Execução Penal no art. 117, I, e do Código de Processo Penal no art. 318, I. O Estatuto do Idoso diz no art. 1º, que o idoso é aquele com idade igual ou superior a 60 anos, e visa lhe propiciar uma série de prerrogativas relacionadas a seus direitos básicos à dignidade, saúde, lazer... O art. 4º diz que "Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei." As previsões do CPP e da LEP, não podem sobrepor àquela da Lei especial, sendo certo que diante das circunstâncias carcerárias no Brasil, e da imprescindível garantia de maior dignidade aos idosos, desde que presente prova de necessidade, e de incômodo considerável, maiores de 60 anos devem ter direito à prisão domiciliar, tanto na cautela preventiva, quanto na decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. A LEP é anterior à Constituição de 1988, e a inovação trazida pela Lei 12.403/2011 ao art. 318, I, não foi concebida sistemicamente. Ao permitir prisão domiciliar a maiores de 60 anos (desde que comprovada a necessidade), a legislação estará sendo aplicada num contexto sistêmico, lógico, e em consonância com a Carta Maior, que ampara os idosos por meio do art. 230: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." Note-se que vários doutrinadores vem considerando que o critério da Lei 10.741 deve ser aplicado também nas previsões feitas no Código Penal, e demais leis penais que fazem previsão aos idosos. Nessa linha: JORGE, Wiliam Wanderley. A prescrição etária e o Estatuto do Idoso. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 310, 13 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5218>. Acesso em: 1 jun. 2011. Apesar da crítica, os Tribunais mantém ainda entendimento retrógrado, considerando que as disposições do Estatuto do Idoso não se aplicam por exemplo, à prescrição da pretensão punitiva (STF- HC 88.083/SP; STJ- HC 155.437/RS).

vida do brasileiro, que atualmente é de 73 anos[44]. A prova da idade poderá ser feita por meio de documentação idônea, como certidão de casamento, carteira de identidade ou de habilitação.

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

- DEBILIDADE POR DOENÇA GRAVE: A estrutura disponível em presídios para tratamento de presos com doenças graves é precária, e acaba gerando ao Estado, *múnus* muito superior àquele criado pela manutenção do sistema carcerário. A medida tem fins humanísticos, voltada para tratamento mais adequado ao enfermo. A debilidade deverá ser comprovada por laudos médicos constando a imprescindibilidade da prisão domiciliar. A medida pode permitir de antemão, a saída do domicílio para fins de tratamento e consultas, que deverão ser comprovados por atestado[45].

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

- IMPRESCINDIBILIDADE PARA CUIDADOS ESPECIAIS DE MENORES DE 6 ANOS E DEFICENTES: O convívio familiar para menores de 6 anos é importantíssimo à formação do infante, mas no caso, é necessária prova de cuidados especiais imprescindíveis, que não podem ser fornecidos por terceiros. É difícil exemplificar em que consiste a imprescindibilidade de cuidados especiais para

---

[44] GAIER, Rodrigo Viga. Expectativa de vida no Brasil passa a 73,2 anos, diz IBGE. Disponível em: http://www.redebrasilatual.com.br/temas/saude/2010/12/expectativa-de-vida-no-brasil-passa-a-73-2-anos-diz-ibge. Acesso em 20 de maio de 2011.

[45] A autorização precedente dada pelo juiz no momento que conceder a prisão domiciliar para que o acautelado possa sair em situações pré-definidas, evita constantes pedidos para que se retire do domicílio em situações óbvias, como numa operação ou realização de exames.

menor de 6 anos. Ficará a critério do juiz decidir quais hipóteses se enquadrarão no inciso III, cuja redação carece de técnica por falta de objetividade. Semelhantes considerações podem ser tecidas em relação aos portadores de deficiências. Laudo de profissional especializado, deverá demonstrar a deficiência em que se enquadra o dependente, e o caráter imprescindibilidade da prisão domiciliar.

▪ LIMITAÇÃO DA IDADE: A Lei prevê a prisão domiciliar para cuidados especiais a pessoa menor de 6 anos. Não se sabe quais são os motivos para limitação da idade em 6 anos, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) diz que criança é a pessoa com 12 anos incompletos (art. 2º). Criticando o dispositivo, Gomes evidencia que: "[...] não deveria o legislador ter limitado a idade da pessoa protegida, até porque essa limitação foi feita sem qualquer critério razoável ou justificável. [...] E mais: qual o motivo plausível de se proteger a criança com menos de 6 anos e não proteger a criança com 6 anos completos ou mais? [...] Melhor teria andado o legislador se tivesse repetido a disposição do art. 117, III, da Lei de Execução Penal, deixando ao prudente critério do Juiz avaliar, em cada caso concreto, a conveniência ou não da decretação da prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva, para proteção do menor." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 166). De fato, havendo motivos justificáveis, diante de uma aplicação analógica da disposição do art. 117, III, da Lei de Execuções Penais, o juiz poderá deferir prisão domiciliar a presos provisórios para cuidados especiais de pessoas com mais de 6 anos.

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

▪ GESTANTE A PARTIR DO 7º MÊS OU EM GRAVIDEZ DE ALTO RISCO: A Lei visa oferecer condições mais adequadas para que a criança possa nascer em ambiente sadio, e próximo de seus familiares. O nascituro não tem culpa dos atos da mãe, e por isso,

não é justo que sofra pelos erros cometidos por ela. Tal medida constitui corolário do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). O juiz deverá determinar quantos meses ficará em domicílio, e a medida pode permitir de antemão a saída para fins de consultas e parto, que deverão ser comprovados por meio de atestado. Tanto na gravidez de risco, quanto naquela a partir do 7º mês, faz-se necessária prova médica específica demonstrando o alto risco, e/ou a existência da gravidez[46].

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

- PROVA IDÔNEA: É aquela capaz de convencer o magistrado da pretensão. Deverá ser feita por meio de laudos, atestados e quaisquer documentos emitidos por profissionais especializados, que comprovem fundamentadamente a necessidade da prisão domiciliar.

CAPÍTULO V
DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: Esclarecimento acerca das medidas cautelares encontra-se em nota ao *caput* do art. 282 do CPP.
- DETRAÇÃO DA PENA: Uma das polêmicas surgidas com a reforma refere-se à possibilidade de detração[47] da cautela

[46] É possível que ocorra gravidez psicológica ou pseudo-gravidez. Nela há grande aparência de gravidez, que apenas pode ser comprovada por meio profissional.

[47] Por meio da detração, no conceito de Bitencourt: "[...] se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação (art. 42). Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de

cumprida (art. 42 do CP), em caso de condenação ao fim do processo. As medidas elencadas no art. 319, têm natureza de pena restritiva de direito, e mantém total compatibilidade com o instituto da detração. Se, por exemplo, ao réu foi imposta a medida de comparecimento em juízo para prestar informações (art. 319, I), ocorrida a condenação, tal prazo deverá ser detraído da pena[48].

▪ EXCESSO DE PRAZO NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: A nova Lei não previu expressamente prazos para

---

pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas." (Código Penal Comentado, 2004, p. 159).

[48] Por trazerem restrições à liberdade, as medidas cautelares necessitam ser detraídas da condenação a cumprir pelo entendimento emanado da redação do art. 42 c/c art. 44, §4º do CP. Contudo, o problema está em saber como deve ocorrer a detração. A cada mês que o acusado compareceu em juízo, deixou de freqüentar estádios, de se aproximar da vítima, de ausentar-se da comarca, ficou recolhido em casa, deixou de exercer determinada função pública ou atividade de natureza econômica corresponderá a um mês, uma semana, um dia de pena cumprida? Ao que tudo indica, cada mês de cumprimento de medidas cautelares impostas deverá significar um mês de pena cumprida. A razão de ser dessa inferência, encontra respaldo nas previsões feitas pelo próprio Código Penal na parte em que trata da suspensão da pena (art. 77 e ss. e art. 89 da Lei 9.099/95- casos de suspensão do processo), aplicação das penas restritivas de direitos (art. 44 e ss.) e livramento condicional (art. 83 e ss. do CP e art. 131 e ss. da LEP). Em todos os três casos, percebe-se que as penas a serem aplicadas podem ser substituídas por determinadas condições similares às medidas previstas na nova redação do art. 319 do CPP. Portanto, aplicado o instituto da detração, cada mês de cumprimento das condições impostas cautelarmente, corresponderá a um mês de pena cumprida. Se o acusado ficou durante um ano sem se retirar da comarca, compareceu mensalmente em juízo e manteve-se distante da vítima, mas ao fim do processo foi condenado a 2 anos, ocorrida detração do tempo em que a medida cautelar foi cumprida, lhe faltará apenas 1 ano.

duração das medidas cautelares aplicadas. Contudo, conforme magistério de Gomes (2011, p. 178-179), levando-se em conta o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB), e o fato de se tratarem de medidas restritivas de direitos, as cautelas adotadas devem ter duração razoável.

▪ REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: Ausentes os requisitos autorizadores do art. 282 I e II do CPP, é possível que as medidas sejam revogadas de ofício, ou por meio de petição dirigida ao juiz da causa, demonstrando a desnecessidade ou inadequação da cautela (art.282 §5º). Havendo abuso ou negativa de revogação da medida cautelar pelo juiz, poderá ser requerida ao Tribunal por meio de *habeas corpus*[49].

▪ A DISCUSSÃO ACERCA DA FISCALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES: Antes da vigência, surgiu corrente de críticos sustentando que a Lei 12.403/2011 constitui medida de total impunidade, uma vez que praticamente acaba com as prisões, impondo a estas um caráter de extrema exceção, ao trocá-las por medidas cautelares não passíveis de intensa fiscalização pelo Juiz.[50] Com o devido respeito, o sentimento de impunidade

---

[49] Conferir a nota de rodapé nº 2.

[50] Nessa linha de entendimento: FERRI, Giovani. Nova Lei 12.403/2011. Disponível em: http://www.anamages.org.br/site/?artigos/2011/05/29/nova-lei-12-4032011. Acesso em 05 de junho de 2011. No artigo, o autor argumenta que: "[...] em 60 dias (05/07/2011) a nova lei entra em vigor e a PRISÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO PREVENTIVA SOMENTE OCORRERÃO EM CASOS RARÍSSIMOS, aumentando a impunidade no país. Em tese somente vai ficar preso quem cometer HOMICÍDIO QUALIFICADO, ESTUPRO, TRÁFICO DE ENTORPECENTES, LATROCÍNIO, etc.. A nova lei trouxe a exigência de manter a prisão em flagrante ou decretar a prisão preventiva somente em situações excepcionais, prevendo a CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE ou SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA em 09 tipos de MEDIDAS CAUTELARES praticamente inócuas e sem meios de fiscalização (comparecimento periódico no fórum para

constitui apenas argumento falacioso. Sociedades em todo o mundo passam por um movimento em desfavor do cárcere. Embora mais brandas do que a segregação, as medidas cautelares não impedem, conforme o caso, a decretação da prisão provisória. O que ocorreu foi apenas um aumento no número de cautelas que poderão ser adotadas, ao invés de ter-se que decidir de plano entre dois extremos (sistema binário[51]): a) a segregação que cerceia totalmente a liberdade; b) a liberdade provisória que não impõe maiores restrições.

Com as novas medidas cautelares, a autoridade policial poderá conceder a liberdade em crimes com pena não superior a 4 anos, e o juiz de ofício ou mediante requerimento, poderá adotar medidas de caráter restritivo, tornando a liberdade menos branda. Antes isso não seria possível, e havia verdadeiras injustiças, com o encarceramento de pessoas sem envolvimento com criminalidade. Delitos com reprimendas de até 4 anos, se cometidos por não reincidentes, via de regra, na possibilidade de adoção de penas restritivas de direitos, jamais possibilitariam a prisão. Ademais, como leciona Tourinho Filho: "Em face da Constituição, que erigiu o princípio da presunção de inocência à

---

justificar suas atividades, proibição de frequentar determinados lugares, afastamento de pessoas, proibição de de se ausentar da comarca onde reside, recolhimento domiciliar durante a noite, suspensão de exercício de função pública, arbitramento de fiança, internamento em clinica de tratamento e monitoramento eletrônico)."

[51] Sobre o sistema binário, anota Luiz Flávio Gomes que: "O sistema pena brasileiro em matéria de prisão cautelar sempre se caracterizou pela bipolaridade (ou binariedade): prisão ou liberdade. Nosso sistema carecia de medidas intermediárias, que possibilitem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário. Essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar, Muita gente está recolhida nos cárceres brasileiros desnecessariamente. O novo sistema (multicautelar- CPP, art. 319) oferece ao juiz várias possibilidades de não encarceramento."(Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 27).

categoria de dogma constitucional, não se compreende, sem que haja real necessidade (e rigorosamente essa real necessidade haverá para preservar a instrução ou para garantir a eventual aplicação da lei penal), possa alguém ser recolhido à cadeia antes do transito em julgado da sentença condenatória. Por isso mesmo, nosso ordenamento adota medidas substitutivas da prisão provisória que permitem manter o acusado preso ao processo, mas em liberdade." (Manual de Processo Penal. 2009, p. 649). Nos crimes bárbaros ou cometidos por criminosos contumazes, causadores de grande repulsa social, a própria Lei possibilita a cautela, pois são delitos com pena superior a 4 anos ou cometidos por reincidentes (art. 313, II) ou contra a família (art. 313, III).

- TAXATIVIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES: As medidas cautelares são taxativas, ou seja, não comportam ampliação do rol elencado no art. 319 do CPP. É o que leciona Edilson Bonfim em sua obra: "[...] somente se verifica possível a imposição de medida cautelar prevista expressamente em lei, não se aplicando no âmbito processual penal a possibilidade de concessão de 'medidas cautelares inominadas', tal como freqüentemente se vê na seara cível." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 25).
- INTERVENÇÃO MÍNIMA (SUFICIÊNCIA DA MEDIDA MENOS GRAVOSA): Na aplicação das medidas cautelares, o magistrado deverá observar aquela que trará menor ônus ao acusado, adequando-a à situação fática, para que não incorra em excessos. Segundo Luiz Flávio Gomes: "A intervenção penal estatal deve ser a mínima possível. De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica. Incide aqui o principio da suficiência da medida menos gravosa." Citando exemplo de adoção da medida menos gravosa, o autor diz que: "Suponha-se que o agente deva ficar impossibilitado de fazer contato com a

vítima. Há duas formas de se alcançar essa meta: (a) determinando a prisão do acusado ou (b) decretando-se o impedimento de aproximação (que é, agora, uma das medidas cautelares alternativas). Cabe ao juiz, em primeiro lugar, fazer a valoração da adequação da medida (para o fim almejado). Depois seu dever é escolher a medida menos onerosa (medida alternativa)." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 51).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

- COMPARECIMENTO PERIÓDICO: A Lei objetiva com essa medida obrigar o acautelado a prestar freqüentemente informações acerca de suas atividades, mediante comparecimento em juízo. A periodicidade deve ser dosada de acordo com as peculiaridades do caso. Se o acusado é pessoa que tem emprego e residência fixos, seria um complicador exigir presença semanal para prestar informações. Contudo, alguém que não desempenha nenhum trabalho ou nem mesmo estuda, além de ser acostumado a se envolver em atritos pessoais, pode receber cautela mais severa, sendo compelido a aparecer quinzenal ou semanalmente para apresentar justificativas.

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

- PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES: A medida visa impedir que o indiciado vá a determinados locais, quando existem elementos suficientes para se concluir que lá estando poderia se envolver em situações a serem evitadas. Exemplo típico seria o caso do torcedor que vive se envolvendo em brigas ao fim dos jogos, ou do alcoólatra que sempre se envolve em confusões em determinado lugar.

▪ ESPECIFICIDADE DAS PROIBIÇÕES: As proibições devem ser claras, objetivas, precisas e fundamentadas, sob pena de nulidade da medida. Não se mostra correta a proibição genérica de "passar perto de qualquer loja" ao acusado de furto, bem como de "não se aproximar de mulheres" ao estuprador. Por isso, tomando por base o que consta dos autos, o juiz deverá analisar com cautela a necessidade de aplicação de uma ou outra medida, evitando com isso o cometimento de excessos.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

▪ PROIBIÇÃO DE CONTATO: Medida voltada para aqueles casos em que a vítima é constantemente perseguida, ameaçada ou coagida de diversas formas pelo acusado (telefonemas, envio de mensagens de texto, *e-mails*...). Com a distância objetiva-se tranqüilidade à pessoa relacionada ao delito, evitando com isso um agravamento da situação. O juiz pode, além de proibir o contato, estipular distância mínima e impedir freqüência a locais de comum acesso pela pessoa protegida, como trabalho, escola, residência[52], etc.

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

▪ PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA: A medida se presta a impedir que haja fuga, ou que o acusado retirando-se da

---

[52] Diz Edilson Bonfim que: "A jurisprudência tem fixando, costumeiramente, nos casos relacionados à Lei n. 11.340/2006- que como se disse, tem medida similar a esta -, a distância mínima de 200 (duzentos) metros [...]." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 46). 'É entendimento de julgado do STJ: RHC 26.499/ MG. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no Dj de 01/03/2010.

comarca, atrapalhe ou impossibilite a produção de provas. Para tanto, o juiz deverá fundamentar a necessidade da cautela para a investigação ou instrução, por meio de elementos objetivos constantes nos autos.

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

- RECOLHIMENTO NOTURNO E EM DIAS DE FOLGA: Com a medida objetiva-se impedir que a pessoa se envolva em novos crimes nos horários que tem disponíveis para descanso. Para a adoção dessa medida, é necessário que o acusado tenha residência e ocupação fixas. Os requisitos são cumulativos, mas nada impede que a medida seja aplicada em face de um estudante ou de uma empregada diarista, por exemplo. Em razão disso, mostra-se mais adequado entender a locução "trabalho fixo" como sinônimo de "ocupação fixa" dada a sua maior abrangência teleológica.
- RECOLHIMENTO DOMICILIAR EM HORÁRIO DIVERSO: Ao tratar do recolhimento domiciliar em sua obra, Edilson Bonfim suscita dúvida acerca de pessoa que possui residência e trabalho fixos, mas exerce suas atividades no turno da noite: poderia ser beneficiado com medida do art. 319, V, do CPP? O autor entende que: "A resposta é definitivamente não. Isso porque a lei faz exigência do período em que se dará o recolhimento, e sendo a medida cautelar excepcional, qualquer interpretação advinda dela deve se dar restritivamente." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 49). Apesar de entendimento do renomado autor, numa análise teleológica da medida de recolhimento domiciliar, é nítida a intenção de impedir que o acusado se retire do domicílio nos horários em que não estiver trabalhando. Portanto, se durante o dia ou à noite, o que importa é que a cautela atinja seu objetivo. Não haverá nenhum prejuízo ao acautelado, que pelo contrário, deixará de receber medida mais gravosa.

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

- SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA: Com a suspensão do exercício de função ou atividade busca-se impedir que delitos continuem sendo praticados nas esferas pública, econômica ou financeira. Muitas vezes os cargos são utilizados com fins ilícitos, tais como lavagem, desvio ou malversação de valores econômicos, motivo pelo inexistiria outra forma de obstar o cometimento da infração senão adotando tal medida.
- JUSTO RECEIO: O justo receio diz respeito ao temor embasado em provas concretas de que o agente possa utilizar da função ou atividade para continuar cometendo crimes.
- A MEDIDA PODE SER DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA?: Ver nota ao art. 282, I, do CPP.

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

- INTERNAÇÃO PROVISÓRIA: Medida com a qual se visa resguardar a sociedade de pessoas que, em razão de problemas psíquicos, possuem elevada periculosidade, trazendo riscos se continuada a convivência no meio. A internação provisória já é tratada no Código Penal (art. 96 e ss.) e no Código de Processo Penal (art. 378 e ss.) como medida de segurança, e pode ser aplicada de forma analógica.
- CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA: A lei é taxativa no sentido de que a cautela apenas pode ser aplicada em crimes praticados com violência, como na lesão corporal, ou com grave ameaça, como no roubo. Se necessária aplicação de cautela e ausente a violência ou a grave ameaça, o

julgador deve adotar o rito previsto para as medidas de segurança (art. 96 e seguintes do CPB e art. 378 e seguintes do CPP).

- INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE: Estão previstos no art. 26 do Código Penal. A inimputabilidade ocorre quando: "[...] o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." De acordo com Régis Prado, ela existe quando o indivíduo é acometido por alguma doença mental (esquizofrenia, psicose, paranóia...), tem o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (idiotice, imbecilidade, debilidade mental, psicopatia), ou é menor de 18 anos (Curso de Direito Penal Brasileiro. 2002, p. 350-351)[53]. A semi-imputabilidade está prevista no parágrafo

---

[53] Guillerme de Souza Nucci, em seu Código Penal Comentado, enumera os elementos e critérios para apuração da inimputabilidade penal. Segundo o autor: "[...] para ter condições pessoais de compreender o que fez, o agente necessita de dois elementos: I) higidez biopsíquica (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); II) maturidade (desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias idéias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual). No Brasil, em vez de se permitir a verificação da maturidade, caso a caso, optou-se pelo critério cronológico, isto é, ter mais de 18 anos. Os critérios para averiguar a inimputabilidade, quanto à higidez mental, são os seguintes: a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de

único do art. 26 do Código Penal, e ocorre quando "[...] o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." "Na semi-imputabilidade, também chamada pela doutrina de imputabilidade diminuída ou atenuada, "[...] possui o agente "meia capacidade" daqueles entendimentos, razão pela qual se diz que ele tem responsabilidade atenuada ou imputabilidade diminuída. Neste caso, o agente não era inteiramente capaz [...]" (DELMANTO. Código Penal Comentado. 2002, p. 53).

- PERÍCIA: Apenas a prova produzida por profissional especializado é capaz de identificar se trata de caso de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pois as doenças mentais e desenvolvimento mental incompleto dependem das circunstâncias e grau de discernimento. Nucci leciona que: "[...] a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz."(Código Penal Comentado, 2009, p. 279).
- RISCO DE REITERAÇÃO: Deve fazer parte da quesitação aos peritos, pois têm conhecimento técnico para afirmar se o acusado pode ou não voltar a cometer crimes com violência ou grave ameaça. Não serve para comprovação do risco de reiteração mera convicção do julgador, sem que venha embasada em prova pericial.

---

destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26." (2009, p. 275-276).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

- FIANÇA: De acordo com Greco Filho, a fiança "[...] é o depósito em dinheiro ou valores feito pelo acusado ou em sue nome para liberá-lo da prisão, nos casos previstos em lei, com a finalidade de compeli-lo ao cumprimento do dever de comparecer e permanecer vinculado ao distrito da culpa." (Processo Penal. 2010, p. 271). É instituto previsto na Carta Maior, art. 5º, LXVI e direito subjetivo do acusado.

IX - monitoração eletrônica.

- MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: É mecanismo digital por meio do qual uma pessoa é vigiada durante certo tempo com a finalidade de saber se está cumprindo determinações impostas judicialmente[54]. Já é prevista na Lei 12.258/2010, que possibilita a adoção no regime prisional aberto, nos casos de saída temporária ou prisão domiciliar.
- RAZÕES DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: Trata de medida moderna e em consonância com as adotadas em inúmeros países no mundo todo. Visa o monitoramento de acusado para que não desrespeite regras impostas pelo juiz. Tratando da monitoração eletrônica, Luiz Flávio Gomes considera que: "O monitoramento eletrônico não é novidade nos países estrangeiros: os países anglo-saxônicos e nórdicos já utilizam o monitoramento eletrônico (intensamente) desde a década de 90 (do século XX). No final desta década a Inglaterra já tinha mais de 50.000 pessoas controladas pelo sistema. Na Suécia já havia cerca de 15.000

---

[54] Para Bonfim: "Trata-se de, como regra, uma tornozeleira que o acusado ou indiciado deverá utilizar e que enviará informações automaticamente a uma central acerca do local onde se encontra." (Reforma do Código de Processo Penal, 2011, p. 52).

pessoas controladas (Gudín Rodriguez-Magariños). Também os Estados Unidos fazem uso dessa tecnologia há muito tempo. Na atualidade a grande esperança ressocializadora e prisional reside na prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Essa é a prisão do presente e do futuro.[55] De fato, há muito que se esperar da monitoração eletrônica. Contudo, num país como o Brasil em que as tecnologias disponíveis demandam anos para adaptação devida, certamente muito tempo será necessário para que a medida cautelar prevista no art. 319, IX saia do papel e seja efetivamente utilizada.

- CARÁTER SOLIDÁRIO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA: A monitoração eletrônica somente pode ser utilizada se em conjunto com alguma outra medida cautelar, pois não pode ser executada sem imposição de condições e restrições. Assim, o monitoramento apenas será aplicado para que o juiz tome ciência de que alguém está cumprindo dever de não se ausentar da comarca, de permanecer na residência em determinados horários, não freqüentar determinados locais, etc.

§4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

- APLICAÇÃO DA FIANÇA: Ver notas ao art. 321 e seguintes do CPP.
- APLICAÇÃO CUMULATIVA: A redação do art. 319 §4º é clara ao dispor que na concessão de fiança, o julgador pode impor outras

---

[55] GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2554, 29 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15113>. Acesso em: 1 jun. 2011. Ainda sobre o tema: MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17196>. Acesso em: 3 jun. 2011.

medidas cautelares ao afiançado, desde que demonstre fundamentos concretos. Tal redação constitui repetição do que preceitua o art. art. 282, §1º do CPP, uma vez que a fiança figura no rol das medidas cautelares (art. 319, VIII).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

- PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS: A nova redação do art. 320 não tem correspondente no CPP. Diz respeito a cautela cabível quando adotada a medida cautelar prevista no art. 319, IV do CPP, que impede a ausência da comarca, podendo ser aplicada também de forma autônoma. O magistrado, se houver fundado risco de fuga do país, pode exigir a entrega do passaporte, bem como comunicar aos órgãos competentes impedimento de viagens ao exterior. A medida já era adotada em alguns casos pela jurisprudência do STF, mas havia divergência com o entendimento do STJ que alegava constrangimento ilegal, pois inexistia previsão em Lei para proibição de ausentar-se do País.[56]
- AUTORIDADES ENCARREGADAS DE FISCALIZAR AS SAÍDAS DO PAÍS: A comunicação deve ser feita à Polícia Federal, órgão responsável pela confecção dos passaportes, e de acordo com a Constituição, pelo policiamento dos aeroportos e fronteiras (art.144, §1º, III).

---

[56] Nessa linha: STJ HC 81.222/SP e HC 85.412; STF HC 93.134/SP e HC 94.147/RJ.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

- LIBERDADE PROVISÓRIA: Trata de direito subjetivo previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXVI), por meio do qual, após o flagrante, o indiciado é solto, mantendo, conforme o caso, determinadas obrigações estabelecidas no CPP (art. 327 e ss.). Segundo Távora: "A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, contracautela, para garantir a liberdade ou a manutenção da mesma, elidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares." (Curso de Direito Processual Penal. 2009, p. 523).
- AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA: Se não estiverem presentes os requisitos e hipóteses de admissão dos arts. 312 e 313 do CPP, a Lei obriga o juiz a conceder a liberdade provisória. Por isso, o legislador utilizou a palavra "deverá", que demonstra a compulsoriedade da medida.
- IMPOSIÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES: Concedida a liberdade, a Lei permite que sejam adotadas outras medidas cautelares. Contudo, é impossível a imposição por simples referência, vez que o *caput* do art. 321 do CPP exige fundamentação amparada em prova da presença dos requisitos do art. 282: necessidade da cautela para aplicação da lei penal, investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; bem como adequação da medida ao caso concreto. Além disso, conforme nota ao art. 282, §3º o juiz deverá intimar a parte para que antes de impor a medida, se manifeste em prazo razoável.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

▪ CONCEITO DE FIANÇA: Ver nota ao art. 319, VIII do CPP.

▪ CONCESSÃO DE FIANÇA PELO DELEGADO: A Lei aumentou as hipóteses de concessão da fiança. Antes, a autoridade policial podia concedê-la apenas aos que cometessem delitos com pena de detenção. Agora, a atuação é bem mais ampla e possibilita que o delegado conceda a fiança em crimes com penas de até 4 anos, ocasionando a diminuição de demandas de urgência aos Juízes Criminais, que apenas decidirão em delitos de maior periculosidade.

▪ PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS: A pena máxima prevista para o delito não pode ser superior a 4 anos. A razão de ser do art. 322 do CPP, está intimamente ligada ao art. 44 do Código Penal, que permite a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em crimes nos quais a reprimenda não ultrapasse 4 anos. Se as chances do indiciado ser preso ao fim do processo são mínimas, não há porque aguardar que o juiz aprecie o pedido, se a liberdade deverá ser concedida. Esse é o posicionamento sustentado por Paulo Rangel há vários anos. Antes da reforma empreendida pela Lei 12.403/2011 o autor já sustentava com base nos critérios de homogeneidade e razoabilidade, que não se justificaria a prisão cautelar, se diante do caso concreto, a pena aplicada, ao fim do processo, poderia ser substituída por restritiva de direitos. (Direito Processual Penal. 2008, p. 659-660, 736).

▪ DISPENSA DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL À INDICIADOS POBRES: A redação dada ao art. 325, *caput*, e §1º, I, deixa claro que a autoridade que conceder a fiança, inclusive a policial, poderá dispensá-la no caso da evidente miserabilidade do

acusado, obrigando-o às responsabilidades dos arts. 327 e 328 do CPP[57].

- IMPOSIÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PELO DELEGADO: Qualquer das demais medidas previstas no art. 319 do CPP só pode ser imposta pelo juiz, pois a Lei não conferiu e jamais poderia conferir tal prerrogativa à autoridade policial. Por força de previsão constante no art. 5º, LIII e LXI da Constituição Federal apenas o juiz tem essa competência[58]. Caso entenda necessário, o delegado, ao conceder a liberdade, poderá representar ao magistrado pedindo a adoção de alguma medida que entender necessária (art. 282, §2º do CPP).

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

- DEMAIS CASOS: A expressão refere-se aos crimes com pena máxima superior a 4 anos e aqueles em que não é possível a concessão de fiança.
- PRAZO DE 48 HORAS: Como na comunicação do flagrante e entrega de nota de culpa que devem ser efetivadas em 24 horas

---

[57] Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.
Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de oito dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

[58] Luiz Flávio Gomes observa que: "Sem processo não existe coação, e processo só existe com a presença do juiz. Todas as medidas cautelares pessoais ou reais exigem, portanto, legalidade, processo e jurisdição. Ninguém poder ser preso senão em flagrante ou ordem escrita e fundamentada de juiz (CF, art. 5º inc. LXI). Nenhuma medida cautelar pode ser decretada por delegado de polícia ou pelo Ministério Público. [...] É ao juiz que compete aquilitar todas as exigências das medidas cautelares. (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 48).

improrrogáveis (ver nota ao art. 306), havendo pedido de fiança ao juiz deverá ser analisado no máximo em 48 horas[59], pois é o direito fundamental à liberdade que encontra-se cerceado. Havendo injustificável demora em tal análise, é cabível *habeas corpus* que deverá ser dirigido ao Tribunal competente.

Art. 323. Não será concedida fiança:

- CASOS DE NÃO CONCESSÃO DA FIANÇA: São taxativos e decorrem de previsão constitucional (art. 5º XLII e XLIII).
- LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA: Apesar da modificação sofrida pela Lei, o instituto continua em vigor, mesmo porque advém de previsão constante no art. art. 5º, LVI, da Constituição Federal: "[...] ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança." Portanto, ausentes os requisitos, caberá ao juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, e sendo o caso, adotar fundamentadamente alguma das medidas cautelares do art. 319 do CPP. Há alguns autores, como Guilherme de Souza Nucci, que entendem tratar-se de verdadeiro absurdo que em crimes de maior periculosidade seja dispensada a fiança, enquanto se exige naqueles com pena mais branda: "[...] segundo cremos, todos os delitos deveriam ser afiançáveis. Os mais leves, comportariam a fixação de fiança pela própria autoridade policial, enquanto os mais graves, somente pelo juiz." (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 644). Por força da previsão claramente inserta da CRFB, art. 5º LVI, que garante a liberdade provisória sem fiança, apesar de se apresentar como uma contradição a

---

[59] Luiz Flávio Gomes entende que a análise do pedido feito ao juiz deve ser feita no máximo em 24 horas, pois a dilação do prazo para 48 horas, diante da liberdade que está cerceada, é injustificável. (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 212). De fato, não há razões para que ocorra dilação superior a 24 horas, se os documentos necessários a análise do pedido, constam do APF ou podem ser facilmente acessados.

hipótese de liberdade sem fiança em delitos mais graves, ela decorre de previsão constitucional.

I - nos crimes de racismo;

- INAFIANÇABILIDADE NOS CRIMES DE RACISMO: De acordo com o art. 5º XLII da Constituição, aos delitos descritos na Lei 7.716/89, não poderá ser concedida fiança. Crimes de racismo são os resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Cabe esclarecer que existe imensa diferença entre os crimes de racismo, que ocorrem quando há nítida negativa a algum direito (de promoção no emprego, acesso a determinados locais, estabelecimentos, em virtude de discriminação ou preconceito) e o delito de injúria real (art. 140, §3º do CPB), no qual há mera ofensa pessoal em razão de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Portanto, se uma pessoa chama outra, por exemplo, de "preto, macaco", responde pelo delito do art. 140 §3º do CPB, mas se impede alguém de entrar em seu estabelecimento comercial pelo fato de ser de outra religião, comete o crime do art. 5º da Lei 7.716/89.

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

- CRIMES DE TORTURA: São aqueles previstos na Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Trata da conduta de constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão, para provocar ação ou omissão de natureza criminosa, ou em razão de discriminação racial ou de religião (art. 1º). São delitos inafiançáveis por previsão constitucional (art. 5º, XLIII).
- TRÁFICO DE ENTORPECENTES: O delito de tráfico é tratado na Lei 11.343/2006 que, a partir do art. 33, prevê penas para aqueles que vendem, distribuem, financiam entorpecentes ou que praticam quaisquer das outras condutas ali elencadas. A Lei, no

art.44, veda expressamente a liberdade provisória com ou sem fiança, ao prescrever que tais delitos "[...] são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos." Contudo, em decisões mais recentes, o STF tem considerado a previsão do art. 44 inconstitucional, permitindo se ausentes os requisitos da prisão preventiva, a concessão de liberdade provisória. É posição que se mostra mais do que acertada[60].

---

[60] De acordo com manifestado em artigo publicado em revista eletrônica, apesar do intuito positivo emanado do legislador ao buscar impedir a contumácia daqueles que são envolvidos a entorpecentes (pois ao saírem da prisão, vários retornam ao tráfico), jamais se pode permitir que a segregação de pessoas ocorra apenas por causa de previsão expressa em lei. Sempre é necessário que haja devida fundamentação que explique a indispensabilidade da prisão cautelar, pois todos têm direito ao contraditório e à ampla defesa. Embasar prisão meramente em previsão de lei, também é afronta ao art.93, IX da CRFB, que versa sobre a indispensabilidade de fundamentação das decisões. Também há afronta ao corolário da presunção de inocência, que através de menção como a do art. 44 da lei de tóxicos, permite que muitos possam ser previamente condenados. Como bem relatado pelo Min. Eros Grau no HC 84.078-7, a execução antecipada da pena é algo inconstitucional, por desconsiderar a previsão do art. 5°, LVII da CRFB. Assim também ocorre com a prisão por tráfico sem que haja expressa necessidade, sendo importante lembrar que o STF, em caso similar (na ADI 3.112, em que declarou o art. 21 da lei 10.826 inconstitucional), declarou previsão idêntica à do art. 44 da lei 11.343 totalmente assincrônica à constituição. (PEREIRA, Pedro Henrique Santana. O adventício da Lei n°11.464 e o direito à concessão de liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 66, 01/07/2009.) Atualmente há inúmeras decisões do STF possibilitando a liberdade provisória nos delitos de tráfico: STF - HC 96715-MC/SP - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJE de 3.2.2009. STF - HC 100554 MG. Relator Min. Gilmar Mendes. 2ª T. Publicação: DJe-145

- TERRORISMO: Conforme artigo do prof. Guilherme Guimarães Feliciano: "A rigor, o Direito interno brasileiro possui apenas o artigo 20 da Lei 7.170, de 14.12.1983 (dita "Lei de Segurança Nacional"), sancionada no final do período político autoritário vicejante no país após 31.03.1964. Esse dispositivo penal faz menção, em seu preceito primário, aos "atos de terrorismo" em geral, mas não os define ou exemplifica, o que inspira insegurança [...] Ademais, a Lei 7.170/83 não participa do espírito ideológico que informa a atual previsão constitucional da figura, mesmo porque antecede a Constituição de 1988 e a própria (re)fundação do Estado Democrático de Direito. Logo, não atende ao programa penal da Constituição em vigor, merecendo, na melhor hipótese, reformulação legislativa." [61] A dita reformulação ainda não ocorreu, mas há projeto de lei em tramitação (PL 7765/2010), de autoria do Deputado Nelson Goetten (PR-SC), tipificando especificamente o crime de terrorismo.
- CRIMES HEDIONDOS: São considerados hediondos os crimes socialmente mais repulsivos, inaceitáveis, vis. A Carta de 1988 prevê no art. 5º, XLIII que os delitos previstos na Lei 8.072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, são também inafiançáveis por conta do alto grau de reprovabilidade. O art. 1º da citada Lei enumera tais crimes, sendo eles: homicídio quando

---

DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00883. STF- HC 100185 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00862. STF- HC 101272 MA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00910.

[61] FELICIANO, Guilherme Guimarães. Terrorismo: contornos jurídicos para o Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7189>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

praticado em atividade típica de grupo de extermínio e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V do CP); latrocínio (art. 157, § 3º do CP); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º do CP); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º a 3º do CP); estupro (art. 213 do CP); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º a 4º do CP); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º do CP); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP).

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

- OUTROS CASOS DE NÃO CONCESSÃO DA FIANÇA: O legislador repetiu a redação suprimendo do texto alguns institutos já inexistentes no ordenamento jurídico pátrio, como a prisão administrativa. Os casos são taxativos.

I- aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

- QUEBRA DE FIANÇA NO MESMO PROCESSO: A quebra de fiança ocorre quando o acusado não cumpre as exigências impostas no art. 341 do CPP: deixa de comparecer injustificadamente para ato do processo, pratica ato obstruindo o andamento do feito, descumpre alguma das medidas cautelares impostas, resiste injustificadamente a ordem judicial ou pratica nova infração dolosa.
- INFRINGÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES DOS ARTS. 327 E 328: Pela letra dos artigos 327 e 328 do CPP, a fiança será quebrada quando o indiciado deixar de comparecer para atos do processo ou inquérito se devidamente intimado, muda ou se ausenta da residência por mais de 8 dias sem prévia comunicação.
- QUEBRA DE FIANÇA E PRISÃO PREVENTIVA: Por força da nova redação do art.282 §6º c/c art. 343 do CPP, ocorrida a quebra de

fiança, a prisão preventiva apenas será cabível se fundamentadamente demonstrada a impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares, e presentes os requisitos autorizadores da segregação.

II - em caso de prisão civil ou militar;

- CASOS DE PRISÃO CIVIL OU MILITAR: Na prisão civil, que atualmente pode ocorrer apenas por dívida de alimentos[62], a regra para concessão da liberdade está prevista no Código de Processo Civil (art. 732 e ss. do CPC). Quanto a prisão de militares, há estatuto próprio regulando os institutos da prisão e da liberdade provisória, que é o Decreto-Lei 1002/1969.

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva

- PRESENÇA DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA PRISÃO: A redação do art. 324, IV, é desnecessária, pois, diante da sistemática do CPP, faz menção a hipótese óbvia. Claro que, se presentes os requisitos da prisão cautelar, inexistirão razões para que se imponha fiança.

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- LIMITES DA FIANÇA: A fiança tem seus limites estabelecidos nos incisos I e II do art. 325. Na busca do critério proporcionalidade, o legislador continuou mantendo a possibilidade de diminuição de até 2/3 da fiança, ou aumento,

---

[62] O STF através da súmula vinculante 25, entendeu por impossível em qualquer hipótese de depósito, a ocorrência da prisão: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." Também há previsão sumular do STJ: "419. Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel."

agora em até mil vezes, e não dez, como era na redação do art. 325 §1º, II do CPP.

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

- UM A CEM SALÁRIOS EM PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS: A fiança entre um e cem salários mínimos, poderá ser aplicada nos delitos com penas que não ultrapassem os 4 anos, como o furto simples, apropriação indébita, receptação simples, explosão, dentre outros.

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

- DEZ A DUZENTOS SALÁRIOS EM PENA SUPERIOR A 4 ANOS: A fiança entre dez e duzentos salários mínimos, poderá ser aplicada nos delitos com penas superiores a 4 anos, e que não sejam inafiançáveis. Exemplos: furto qualificado, roubo, extorsão, sonegação do estado de filiação, incêndio, falsificação de moeda, etc.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

- SITUAÇÃO ECONÔMICA: A situação econômica será averiguada pela autoridade policial ou juiz, com base na inferência da renda mensal, grau de instrução, vínculo familiar, profissão, advogado contratado, etc.

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

- DISPENSA DA FIANÇA: Comprovada a pobreza, a autoridade policial[63] ou juiz, poderá dispensar o pagamento da fiança,

---

[63] A redação do art. 325, *caput*, em análise no contexto do §1º, I, deixa evidente que a autoridade policial, desde que cumpridas as

obrigando o acusado, conforme arts. 327 e 328, ao comparecimento nos atos do processo e informar a ausência, caso ela seja por mais de 8 dias, assim como informar a troca do domicílio. É necessário cuidado para não ocorrer a banalização do instituto, com dispensa em qualquer hipótese. O procedimento a ser seguido pela autoridade policial ou juiz é tentar, primeiramente, reduzir o *quantum* até 2/3, para que, diante da impossibilidade de prestação da fiança pelo indiciado ou familiar, ocorra dispensa.

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

- REDUÇÃO ATÉ MÁXIMO DE 2/3: A redução do *quantum* mínimo pode ser feita até a proporção de 2/3 do valor, com a finalidade de propiciar o pagamento, por aqueles que têm condição financeira menos abastada. Para que o instituto não perca a credibilidade, é necessário que, antes de se dispensar a fiança, o seu concessor busque a redução do valor, pois, em muitos casos, ela possibilita o pagamento.

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

- AUMENTO EM ATÉ 1000 VEZES: Pode ocorrer para aqueles que têm grande fortuna, mas a cobrança de valor correspondente a 100 ou 200 vezes o salário mínimo, não atenderia aos fins para os quais ela foi imposta (pagamento das custas, indenização do dano, prestação pecuniária e multa).

---

formalidades legais (assinatura de compromisso, preenchimento dos requisitos dos arts. 327 e 328 do CPP), poderá, nos delitos em que detenha competência, dispensar o acusado de pagamento da fiança, se comprovada a situação de pobreza.

Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.

- PRESTAÇÃO DA FIANÇA ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA: O art. 334 dispõe que o juiz tem a faculdade de conceder a liberdade enquanto o processo estiver em andamento. Desde que entenda não mais subsistirem os motivos da segregação, pode requisitar o comparecimento do acusado, para que, após prestação da fiança, seja solto. Nos processos em grau recursal, a atribuição para análise da liberdade em regra, é do relator. É possível, numa interpretação em consonância com o *caput* do art. 321, que o julgador, desde que presentes os requisitos legais, cumule a liberdade com algumas das outras medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP.

Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

- RECUSA OU RETARDAMENTO NA CONCESSÃO DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL: A recusa ocorrerá quando o delegado não quiser arbitrar fiança, por entendê-la incabível (hipótese de um furto em que entenda ser qualificado, mas é simples). A recusa deve ser sempre motivada. Já o retardamento ocorrerá quando houver demora injustificada na análise da possibilidade de concessão da fiança. Havendo recusa ou retardamento injustificados, a autoridade policial poderá responder pelo crime de abuso de autoridade (art. 4º da Lei 4.898/65).
- PRAZO PARA ANÁLISE DO DIREITO À FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL: A nova redação do art. 335 não estipula prazo. Por analogia ao art. 306 do CPP que prevê o prazo de 24 horas para os autos serem encaminhados ao juiz, resta claro que a análise acerca do arbitramento da fiança deverá ser em menor tempo.

- SIMPLES PETIÇÃO: O contexto em que se encontra e o próprio termo “simples petição” pode conduzir à inferência de que qualquer pessoa poderá pedir o arbitramento da fiança. Todavia, a petição necessita ser subscrita por um advogado, uma vez que não se trata de *habeas corpus* ou qualquer outra hipótese em que a lei dispense a atuação desse profissional. Em sentido contrário, Gomes entende que o pedido por ser feito por qualquer um, em sua obra Prisões e medidas cautelares (2011, p. 210). Apesar da divergência, o Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), é claro no sentido de que apenas a impetração de *habeas corpus* não se insere como atividade privativa da advocacia. Logo, a simples petição, que trata de pedido de liberdade provisória, somente pode ser feita por advogado.
- PEDIDO AO JUIZ COMPETENTE E ANÁLISE EM 48 HORAS: O juiz competente será aquele de uma das varas criminais ou de plantão, conforme dispõem as regras de organização judiciária. A análise, conforme assentado na nota ao art. 322, parágrafo único deverá ser feita em no máximo em 48 horas[64], pois é o direito fundamental à liberdade que se encontra cerceado. Cabe *habeas corpus* dirigido ao Tribunal competente, no caso de restar injustificadamente extrapolado o prazo legal.
- OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Como assentado na nota ao parágrafo único do art. 310, não há necessidade de oitiva do Ministério Público para a concessão da liberdade provisória, logo,

---

[64] Luiz Flávio Gomes entende que a análise do pedido, deve ser feita no máximo em 24 horas, pois a dilação do prazo para 48 horas, diante da liberdade que está cerceada, é injustificável. Se o magistrado tem os elementos necessários em mãos ao receber cópia do auto de flagrante, não precisa mais de 24 horas para que decida (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 212). De fato, não há razões para que ocorra dilação superior a 24 horas, se os documentos necessários a análise do pedido, constam do APF ou podem ser facilmente acessados.

também desnecessária a oitiva no caso do arbitramento de fiança.

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

- FINS DA FIANÇA: Foi inserida no art. 336 a possibilidade de uso da fiança para pagamento da prestação pecuniária que, por óbvio, estava contida implicitamente no rol dos fins a que se destina o instituto. As custas processuais são aquelas devidas em decorrência da prática de alguns atos processuais, como citações, intimações, gastos com papéis, dentre outros. A obrigação de indenizar pelo dano causado encontra suporte no art. 387, IV, do CPP que, com a alteração trazida pela Lei 11.719/08, passou a exigir que o magistrado decida sobre os danos causados pela infração[65]. Conforme art. 45, §1º do Código Penal, a prestação pecuniária é modalidade de pena restritiva de direitos, e consiste em pagamento de quantia em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. Já a multa prevista no art. 49 do Código Penal é pena que obriga o condenado pagar ao fundo penitenciário a quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

---

[65] A doutrina tem se debruçado sobre o tema, considerando que para aferimento dos danos causados, não basta simples estipulação de valor ao final da sentença. Em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário que haja comprovação devida nos autos do processo penal. Sobre o assunto: PEREIRA, Pedro Henrique Santana. A reparação dos danos causados pelo delito (art. 387, IV do CPP) e os corolários da ampla defesa e do contraditório. *In*: Revista Jusvigilatibus. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/43968. Publicado em 12 de julho de 2010. nº 0980/2010, Ano IX.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).

- PRESCRIÇÃO DEPOIS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA Refere-se àquela prescrição que ocorre após a aplicação da pena em concreto, em razão do transcurso de tempo superior a um dos prazos elencados no art. 109 do CP no intervalo de tempo entre a denúncia e a condenação. Na lição de Julio Fabbrini MIrabete: "[...] aplicada a pena privativa de liberdade, e não havendo recurso da acusação, o prazo da prescrição passa a ser estabelecido de acordo com a sanção imposta e não mais com fundamento no máximo da pena cominada ao crime." (Código Penal Interpretado. 2007, p. 836).
- APLICAÇÃO DO VALOR DA FIANÇA AINDA QUE RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DEPOIS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA: O dever de arcar com as custas ou de indenizar pelos danos causados não deixa de existir, ainda que a prescrição derive de falha estatal.

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

- FIANÇA DECLARADA SEM EFEITO: Segundo Guilherme de Souza Nucci, a fiança sem efeito: "[...] é o resultado da negativa ou omissão do indiciado ou réu em complementar o valor da fiança, reforçando-a quando necessário. Torna-se a concessão sem efeito [...]." (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 836). Acontece, portanto, quando intimado para complementar a fiança arbitrada o indiciado ou acusado não o faz.
- SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E EXTINÇÃO DA AÇÃO: Sentença absolutória é aquela embasada em algum dos incisos do art. 386 do CPP, que se dá por reconhecimento da inocência do denunciado ou querelado ou por ausência de prova robusta que

demonstre cabalmente sua culpa. A extinção da ação pode ocorrer em virtude da extinção da punibilidade, conforme enuncia o art. 107 do Código Penal[66].

▪ RESTITUIÇÃO DO VALOR ATUALIZADO: A redação anterior apenas dispunha que o valor da fiança seria restituído sem desconto, deixando de versar acerca da atualização monetária. A mudança trazida pela reforma prevê a devolução dos valores devidamente atualizados, regra mais do que justa, uma vez que a atualização é uma adequação das quantias com base na inflação de um período e na necessária compensação da perda de valor da moeda.

▪ RESTRIÇÃO À DEVOLUÇÃO DA FIANÇA: O art. 337 ressalva que parte da fiança poderá ser descontada para pagamento das dívidas existentes, ainda que declarada a prescrição. Seriam exemplos de descontos aqueles relativos às custas processuais e de eventuais danos causados pelo autor do delito.

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

▪ QUEBRAMENTO DA FIANÇA: O quebramento da fiança ocorre quando o acusado descumpre alguma das obrigações impostas com a concessão da liberdade (arts. 327, 328, 341 do CPP), cuja conseqüência é a perda da metade do valor da fiança, além da

---

[66] Art. 107. Extingue-se a punibilidade:
I – pela morte do agente;
II – pela anistia, graça ou indulto;
III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV – pela prescrição, decadência ou perempção;
V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

imposição de medidas cautelares ou até mesmo decretação da prisão preventiva.

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

- INTIMAÇÃO REGULAR: Ela deve atender aos requisitos do art. 370 e seguintes do CPP, contendo os elementos essenciais: identificação do juiz, dados do processo, partes, local, data e horário do comparecimento. Sendo a intimação irregular, na qual não constou data e horário da audiência, por exemplo, não há que se falar em quebra de fiança.
- AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO SEM MOTIVO JUSTO: A Lei deixa a critério do julgador a aferição do que vem a ser motivo justo. Motivo justo advém do bom senso, da busca pelo meio termo entre excesso e falta.[67] É aquele motivo proporcional, justificável em face do compromisso prestado perante o

[67] Em sua Ética a Nicômaco, Aristóteles, no livro II, capítulo 6, bem define o meio termo: "Por meio-termo no objeto entendo aquilo que é eqüidistante de ambos os extremos, e que é um só e o mesmo para todos os homens; e por meio-termo relativamente a nós, o que não é nem demasiado nem demasiadamente pouco — e este não é um só e o mesmo para todos. Por exemplo, se dez é demais e dois é pouco, seis é o meio-termo, considerado em função do objeto, porque excede e é excedido por uma quantidade igual; esse número é intermediário de acordo com uma proporção aritmética. Mas o meio-termo relativamente a nós não deve ser considerado assim: se dez libras é demais para uma determinada pessoa comer e duas libras é demasiadamente pouco, não se segue daí que o treinador prescreverá seis libras; porque isso também é, talvez, demasiado para a pessoa que deve comê-lo, ou demasiadamente pouco — demasiadamente pouco para Milo e demasiado para o atleta principiante. O mesmo se aplica à corrida e à luta. Assim, um mestre em qualquer arte evita o excesso e a falta, buscando o meio-termo e escolhendo-o — o meio-termo não no objeto, mas relativamente a nós."

Judiciário. Seria justo ausentar-se em decorrência da morte de ente querido, ou de imprescindível atendimento devido a doença (STF, RHC 42366); mas não o seria deixar de comparecer por mero esquecimento, distração, sob alegação injustificada de que não poderia se retirar do emprego.

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

- ATO DELIBERADO DE OBSTRUÇÃO AO ANDAMENTO DO PROCESSO: Poderá haver quebra da fiança, se houver ato deliberado (intencional, premeditado) no sentido de obstruir, atrapalhar, impedir o andamento do processo. É indispensável prova dos atos de obstrução, como impedimento a alguma perícia, ocultação de testemunhas a serem intimadas, dentre outros. Mera presunção não se presta como motivo para quebra da fiança.

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

- DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR IMPOSTA: O descumprimento de alguma das cautelas determinadas pela autoridade judicial também poderá acarretar quebra da fiança. Contudo, é necessário que antes de considerá-la quebrada, em respeito a ampla defesa e ao contraditório e, seja facultado à parte apresentar justificativas, tendo em vista a possibilidade de existir motivo justificador para o descumprimento.

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

- RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA A ORDEM JUDICIAL: A resistência injustificada a ordem judicial, diz respeito somente aos atos do processo pelo qual responde, não sendo medida aplicável por atos praticados em decorrência de outro processo, pois extrapola a alçada do juízo processante, ainda que a ordem seja emanada do mesmo magistrado. Assim, se o acusado é testemunha em

outro processo crime, e não comparece à audiência designada para oitiva, o juiz poderá determinar que seja conduzido coercitivamente, mas não pode declarar quebrada a fiança nos autos em que o faltante é réu.

V - praticar nova infração penal dolosa.

- PRÁTICA DE NOVO CRIME DOLOSO: A redação anterior do art. 341 versava apenas acerca da prática de "outra infração penal", sem determinar se dolosa ou não. Cabia ao julgador a análise da situação fática para determinar se era ou não caso de quebramento de fiança. Com a nova redação dada pela Lei 12.403/2011, os delitos cometidos culposamente não poderão dar causa a quebra de fiança, uma vez ocorridos sem intenção (ver nota ao art. 313, I, do CPP). Percebe-se que a letra do artigo 341, V, foi bem abrangente, na medida em que o termo "infração penal" engloba crimes e contravenções[68]. Apesar da redação alargada, a prática de contravenção penal não pode ser considerada como nova infração dolosa para fins de quebra da fiança, diante da irrelevância das condutas tipificadas na Lei que as regulamenta (Decreto-Lei 3.688 de 1941). Até quando há prática de novo crime, para que não haja injustiça, é necessário que antes de julgar quebrada a fiança, o magistrado analise a relevância do delito cometido, bem como se existem provas mínimas de que o afiançado é o autor.

---

[68] O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que crimes e contravenções são modalidades de infração penal: "Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente." Portanto, não é correto usar o termo "infração penal" para dizer acerca de crime ou delito, pois é conceito mais abrangente, porque engloba também as contravenções penais.

▪ VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O art. 5º, LVII da Constituição dispõe que: "[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Diante do princípio da presunção de inocência, é possível pensar que apenas o surgimento de sentença penal condenatória transitada em julgado, poderia ser motivo para quebra da fiança. Contudo, numa visão extremamente garantista como a demonstrada, o instituto da fiança perderia sua razão de ser. Portanto, desde que presentes indícios de autoria e materialidade relacionados à prática de outro crime doloso, e demonstrada a relevância do ilícito,é possível que o magistrado considere quebrada a fiança, modifique as condições da cautela, ou, em último caso, decrete a prisão preventiva na hipótese de cabimento[69].

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.

▪ QUEBRAMENTO DA FIANÇA: Ver nota ao *caput* do art. 341.

▪ CONSEQUÊNCIAS DO QUEBRAMENTO DA FIANÇA: O art. 343, com nova redação, mantém a regra da perda de metade do valor da fiança em caso de descumprimento das obrigações impostas. Contudo, retirou a obrigação de recolhimento ao cárcere, possibilitando ao juiz analisar a matéria para aferir se é devida a prisão preventiva ou possível a adoção de outras cautelas.

▪ SUBSIDIARIEDADE DA PRISÃO PREVENTIVA: Conforme assentado em comentário ao art. 282 §4º, a prisão apenas deverá ser decretada em último caso, quando as demais medidas

---

[69] O STF, em inúmeros HC's tem evidenciado que considerar quebrada a fiança pela prática de outro crime, não constitui ato de violação ao princípio da presunção de inocência. Nesse magistério: STF- HC 82215/RJ; RHC 48091.

cautelares forem comprovadamente incompatíveis com a situação, e estiverem presentes os requisitos legais (arts. 312 e 313 do CPP).

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.

- PERDA TOTAL DA FIANÇA: O art. 344 sofreu leve modificação. A redação anterior dispunha que o valor seria perdido se "[...] condenado, o réu não se apresentar à prisão." Houve adequação do artigo à sistemática Constitucional, cujo art. 5º, LVII impõe a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado para que alguém possa ser compelido ao cumprimento de uma pena. Esse posicionamento deve ser sustentado também no caso de recursos junto aos Tribunais Superiores, pois, se há decisão pendente neles, a sentença não pode ser considerada definitiva (STF- HC 84.078/MG). É obrigação do apenado se apresentar para cumprimento da reprimenda, não se justificando a ocultação se inexistentes razões que a justifiquem tendo em vista a irrecorribilidade em relação à pena imposta.

Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

- FUNDO PENITENCIÁRIO (FUNPEN): O fundo penitenciário é regulamentado pela da Lei Complementar 79/94, que o instituiu. Trata de órgão pertencente ao Ministério da Justiça, responsável pela aplicação dos recursos também oriundos de fianças quebradas (art. 2º, VI), para fins de auxílio na manutenção dos estabelecimentos penais.
- CONSEQUÊNCIAS DA PERDA DA FIANÇA: Deduzidas custas do processo e dívidas com indenização à vítima e danos causados, todo o valor perdido será recolhido para o fundo penitenciário, para fins de aplicação em estabelecimentos penais. A redação do

art. 345 previa destinação da fiança para o Tesouro Nacional, mas com a regulamentação do fundo penitenciário pela Lei Complementar 79/94 os valores passaram a ser destinados a tal órgão.

Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

- CONSEQUÊNCIAS DO QUEBRAMENTO DA FIANÇA: Da mesma forma que na perda da fiança deduzidas as custas e quantias relativas ao dano, o valor "quebrado" será destinado ao fundo penitenciário.

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

- DISPENSA DA FIANÇA EM CASO DE ACUSADO POBRE: Conforme apresentado em nota ao art. 325, §1º, I, em casos de comprovada pobreza a autoridade policial[70] ou juiz, poderá dispensar o pagamento da fiança, obrigando o acusado, conforme arts. 327 e 328, a comparecer aos atos do processo, informar ausência por mais de 8 dias ou a troca de domicílio. É necessário cuidado para que não ocorra banalização do instituto com dispensa da fiança em qualquer caso e sem qualquer critério. O procedimento a ser seguido pela autoridade policial ou juiz é o de tentar reduzir primeiramente o quantum até 2/3, para que,

---

[70] A redação do art. 325, *caput*, em análise no contexto do §1º, I, deixa evidente que a autoridade policial, desde que cumpridas as formalidades legais (assinatura de compromisso, preenchimento dos requisitos dos arts. 327 e 328 do CPP), poderá, nos delitos em que detenha competência, dispensar o acusado de pagamento da fiança, se comprovada a situação de pobreza.

diante da impossibilidade de prestação da fiança pelo indiciado ou familiar, mesmo com a redução, seja ela então dispensada mediante compromisso.

- ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES: A nova redação ao art. 350 estabelece que, presentes os requisitos do art. 282, o juiz poderá impor fundamentadamente ao indiciado, além das obrigações constantes nos arts. 327 e 328 do CPP, o cumprimento de medidas cautelares dentre aquelas previstas no rol do art. 319.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.

- DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS: De acordo com a nota ao art. 282 §4º se houver descumprimento das medidas impostas, o magistrado poderá fundamentadamente substituí-las, cumulá-las, ou em último caso, decretar a prisão preventiva.

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.

- EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE JURADO E IDONEIDADE MORAL: Conforme lembra Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado, 2009, p. 786), uma das condições para ser jurado é a presença de notória idoneidade, averiguada na prática pela ausência de antecedentes criminais, reconhecimento social, profissional ou de bom cidadão.
- RETIRADA DO DIREITO A PRISÃO ESPECIAL DO ART. 439: A redação anterior do art. 439 garantia aos que foram jurados o direito à prisão especial até julgamento definitivo da causa em que fossem acusados. Contudo, pelo fato de continuar constante direito a prisão especial no rol do art. 295, X, do CPP, os que foram jurados ficarão provisoriamente recolhidos em prisão especial. É o entendimento perfilhado por Luiz Flávio Gomes, ao

dizer que: "[...] a alteração da redação do art. 439, em busca de eliminar a prisão especial para os jurados que efetivamente serviram o Estado, ficou prejudicada. A regra que garante prisão especial para os jurados foi mantida no rol do art.295, inalterado pelo Congresso Nacional, ao aprovar a Lei 12.403/2011." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 223).

Art. 2º O Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5o da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2o do art. 290 deste Código.
§6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.

▪ RAZÕES DO ART. 289-A: Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, o art. 289-A busca atingir dois objetivos: "a) consolidar um banco de dados no Conselho Nacional de Justiça, referente a todos os mandados de prisão expedidos, de modo a permitir o controle indireto da atividade jurisdicional, seja quanto ao número de prisões cautelares decretado, seja no tocante à avaliação da legalidade das prisões efetivadas; b) permitir maior eficiência à polícia para cumprir mandados de prisão , captados em sistemas informatizados, em todo o Brasil, sem qualquer burocracia, consistente em expedição de ofício, precatória ou outro elemento de entrave." (Código de Processo Penal Comentado. 2009, p. 1163).

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

▪ O PRAZO DE *VACATIO LEGIS*: A regra é de que a nova Lei entraria em vigor apenas no dia 04 de julho de 2011, contudo, entendendo pela vigência de alguns dispositivos de natureza penal antes de terminar o período de *vacatio legis*, Luiz Flávio Gomes diz que: "A regra processual tem aplicabilidade imediata, mesmo antes de cessar o período de 60 dias da *vacatio legis*. Esse nosso posicionamento contraria a posição majoritária dos Tribunais Superiores, mas não há sentido em manter alguém preso cautelarmente, sendo hipótese de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, por força da *vacatio*. A barreira formal da vacatio legis sede lugar ao status liberdade do cidadão. É o confronto entre a forma necessária para dar publicidade a uma nova lei e o direito de ir e vir do cidadão, constitucionalmente assegurado, reforçado pelo princípio da

presunção de inocência." (Prisão e medidas cautelares, 2011, p. 21). Com o fim do período da *vacacio legis*, a discussão em torno da aplicabilidade imediata de dispositivos da Lei 12.403/2011 perdeu a razão de ser.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2011

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Lei 12.403/2011 muitas lacunas foram criadas, e somente na medida em que a doutrina e os Tribunais Pátrios forem tratando da matéria e pacificando o entendimento é que tais lacunas serão preenchidas e o texto legal integrado.

Com os comentários e observações acerca da novel Lei veiculados neste trabalho, pretende-se trazer auxílio para o equacionamento de algumas das muitas dúvidas que surgiram com o novo Diploma Legal, além de fomentar o debate e suscitar as críticas necessárias para que as mudanças trazidas pela reforma possam se solidificar.

Com a ampliação do rol das medidas cautelares, espera-se que o número de presos provisórios diminua sensivelmente, uma vez que até vigência da Lei, constituía quase a metade das pessoas que se encontravam encarceradas, num total de 44%.

Como cediço, a realidade dos presídios é a pior possível e a medida segregatória nem sempre se mostra a mais adequada em várias hipóteses, da mesma maneira em que a liberdade provisória sem restrições se mostra temerária. Em razão disso, a reforma trouxe excelente mudança, na medida em que criou alternativas para o binômio prisão/liberdade e possibilitou que as restrições a serem aplicadas tenham como parâmetro o princípio da proporcionalidade da medida em relação ao delito e ao agente.

Muitas críticas surgiram no sentido da impossibilidade de fiscalização das novas medidas. Todavia, tratam-se de críticas destituídas de base em qualquer elemento fático que, quando muito, servem para justificar o abuso das prisões preventivas, sem considerar o direito constitucional à presunção de inocência.

Várias das polêmicas que precisam ser discutidas foram tratadas ainda que de forma sucinta, dada a novidade do assunto.

O certo é que o encontro de posições pacificadas ou pacificadoras demandará grande esforço dos Tribunais, e, como em direito é quase impossível a unanimidade, até mesmo porque trata-se de uma ciência social que carece de interpretação, somente com o passar do tempo será possível aferir as posições dominantes.

De qualquer modo, percebe-se que as modificações parecem bastante positivas, e encontram efetivo amparo na necessidade de adequação da Lei Processual Penal aos muitos institutos despenalizadores surgidos desde a década de quarenta.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores).

AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BITTENCOURT, Cézar. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal*: comentário à Lei n. 12.403 de 4 de maio de 2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Terrorismo: contornos jurídicos para o Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/7189*>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio. Versão 5.11 a*, 2004.

FERRI, Giovani. Nova Lei 12.403/2011. Disponível em: *http://www.anamages.org.br/site/?artigos/2011/05/29/nova-lei-12-4032011*. Acesso em 05 de junho de 2011.

GAIER, Rodrigo Viga. Expectativa de vida no Brasil passa a 73,2 anos, diz IBGE. Disponível em: *http://www.redebrasilatual.com.br/temas/saude/2010/12/expectativa-de-vida-no-brasil-passa-a-73-2-anos-diz-ibge*. Acesso em 20 de maio de 2011.

GOMES, Luiz Flávio & MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2554, 29 jun. 2010. Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/15113*>. Acesso em: 1 jun. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. (Vol. II.)

JESUS, Dámásio Eugênio de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORGE, Wiliam Wanderley. A prescrição etária e o Estatuto do Idoso. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 310, 13 maio 2004. Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/5218*>. Acesso em: 1 jun. 2011.

MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/17196*>. Acesso em: 3 jun. 2011.

MENDONÇA. Andrey Borges. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2008/ 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2009.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. A reparação dos danos causados pelo delito (art. 387, IV do CPP) e os corolários da ampla defesa e do contraditório. In: Revista Jusvigilatibus. Disponível em: *http://jusvi.com/artigos/43968*. Publicado em 12 de julho de 2010. nº 0980/2010, Ano IX.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. O adventício da Lei n°11.464 e o direito à concessão de liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 66, 01/07/2009.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. Considerações acerca dos maus antecedentes criminais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010.

Disponível em: <*http://jus.uol.com.br/revista/texto/14920*>. Acesso em: 6 jun. 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. São Paulo: RT, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Bahia: Juz Podium, 2009.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. (Vol. II).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

A Lei 12.403 entrou em vigor em 04 de julho de 2011, trazendo grandes modificações nas regras pertinentes à prisão cautelar no Código de Processo Penal (CPP). Modificou o sistema binário, que permitia ao juiz somente conceder a liberdade provisória ou decretar a prisão. Elencou uma série de medidas cautelares de natureza menos gravosa que a prisão, objetivando garantir a efetividade da tutela jurisdicional e impingir à segregação o status de medida extrema

Além das novas medidas cautelares, a Lei 12.403/2011 trouxe a possibilidade de concessão de prisão domiciliar a presos preventivos e acrescentou novas regras para a concessão de fiança, que agora passa a fazer parte das atribuições da autoridade policial nos crimes com pena não superior a 4 (quatro anos).

A reforma, que também alterou outros dispositivos do CPP, fez surgir inúmeras lacunas interpretativas que deverão ser preenchidas pela doutrina e jurisprudência.

Objetivando contribuir para a compreensão das inovações, busca-se nesse trabalho tecer comentários acerca das alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, suscitando algumas questões que exigirão o gradativo enfrentamento por parte dos operadores do direito.